

Abhandlungen

aus dem

S t r a f r e c h t e.

Von

Dr. Hermann Seeger,

ao. Professor in Tübingen.

Zweiter Band. Erste Abtheilung.

Tübingen, 1862.

Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

— Laupp u. Siebeck. —

Ueber

die rückwirkende Kraft

neuer Strafgesetze.

Von

Dr. Hermann Seeger,

ao. Professor in Tübingen.

Tübingen, 1862.

Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

— Laupp u. Siebeck. —



Meinem hochverehrten Lehrer

Herrn Dr. Karl Georg von Wächter

Geheimenrath, ordentlichem Mitglied des K. sächsischen Staatsrathes und
Professor der Rechte an der Universität Leipzig, Großkreuz des K. württem-
bergischen Friedrichsordens u. s. w. u. s. w.

zum Zeichen tiefster
Dankbarkeit gewidmet.

§. 1.

Inhalts-Übersicht.

Geschichtlicher Theil.

A) Römisches Recht

I. der republikanischen Zeit.

1) Grundgedanke §. 2. C. 1—3.

2) Nachweisung.

a) Cicero in Verrem I. 42 und der Sprachgebrauch der alt-römischen Gesetze §. 3. C. 3—13.

b) Die einzelnen Gesetze. Uebersicht §. 4. C. 13—14.

c) Allgemeine Normen in

1. Sempronia v. 613 §. 5. C. 14—17.

1. Cornelia de sicariis §. 6. C. 17—18.

1. Pompej. de vi und de ambitu §. 7. C. 18—23.

1. Servilia ¹⁾ repetundarum §. 8. C. 24.

β) Specialgesetze: 1. Scribonia, Mucia, Mamilia, Appuleja, Varia §. 9. C. 24—28.

3) Ausführung.

a) Zusammenhang des Grundgedankens mit dem allgemeinen Geiste des römischen öffentl. Rechtes. §. 10. C. 29—33.

b) Verhältniß der Strafgesetze zu den Privilegien §. 11. C. 33—36.

c) Bestimmungen ohne rückwirkende Kraft und processualische Bestimmungen in den leg. jud. publ. §. 12. C. 36—40.

4) Widerlegung anderer Ansichten §. 13. C. 40—42.

II. Kaiserzeit §. 14. C. 43—49.

B) Kanonisches Recht §. 15. C. 49—50.

C) Italienische Wissenschaft des Mittelalters.

I. Die älteren Kanonisten; Jac. de Belvisio und

Gandinus §. 17. C. 50—51.

II. Richardus Malumbranus (entdeckt die grundsätzliche Rückwirkung des milderen Gesetzes) §. 18. C. 52—53.

1) Vgl. Geib, Lehrb. des Strafrechts (Leipzig 1861) C. 41 f.

VIII

- III. Bartolus §. 19. S. 54—55.
 IV. Balbus, Raynerius de Forlivo; Bartholomäus de Saliceto;
 Angelus Aretinus u. Augustinus Criminensis §. 20. S. 55—58.
 D) Entwicklung der Lehre in der neueren Zeit bis zum Ende des acht-
 zehnten Jahrhunderts §. 21. S. 58—69.

Dogmatischer Theil.

Erster Abschnitt. Die Grundregel.

- A) Stand der Ansichten. Uebersicht der Einführungsgefehe und der Litteratur §. 22. S. 70—82.
 B) Untersuchung.
 I. Ausgangspunkte derselben §. 23. S. 82—85.
 II. Nähere Entwicklung.
 1) Freie Untersuchung.
 a) Einfluß der Ansicht
 über die Strafvollbarkeit §. 24. S. 86—91.
 über die Wirkungen der Strafe §. 25. S. 91—94.
 b) Regelmäßiger Grund für die Ausschließung rückwirkender Kraft §. 26. S. 94—101.
 c) Verhältniß der Regel zur allgemeinen Strafrechtstheorie, insbesondere zur absoluten. — Widerlegung der von Bekker und Hälschner erhobenen Einwendungen.
 §. 27. S. 101—113.
 2) Die Aufgabe des Richters §. 28. S. 113—119.
 C) Verhältniß der Lehre zu ihrer Gestaltung im Privatrecht.
 §. 29. S. 119—124.

Zweiter Abschnitt.

Umfang der rückwirkenden Kraft.

- A) Bei mehrmaligem Wechsel des Rechts §. 30. S. 124—130.
 B) Verhältniß zur Rechtskraft.
 I. Freie Untersuchung §. 31. S. 130—141.
 II. Positive Gesehe, Litteratur §. 32. S. 142—147.

Dritter Abschnitt.

Die einzelnen Anwendungen der Lehre.

Erste Abtheilung. Handlungen, welche ganz der Vergangenheit angehören.

- A) Die einzelnen Anwendungen der Strafgesetze.
 I. Uebersicht §. 33. S. 148.
 II. Insbesondere:

IX

- 1) Mildere Auffassung des Verbrechens . . §. 34. S. 148—150.
 2) Aufhebung und Aenderungen der Strafe:
 a) der Strafe unmittelbar §. 35. S. 150—155.
 b) in Bezug auf Strafaußmessungs- und Aenderungsgründe, insbesondere den Rückfall §. 36. S. 156—164.
 3) Aenderungen in den Tilgungsgründen der Strafbarkeit:
 a) Ueberhaupt §. 37. S. 164—165.
 b) Insbesondere:
 α) Verjährung §. 38. S. 165—172.
 β) Klage und Klageverzicht §. 39. S. 173—175.
 B) Gesamt-Verhältniß der Gesehe rücksichtlich der Strenge
 §. 40. S. 175—177.
 C) Authentische Auslegungen §. 41. S. 177.
 D) Anwendung des neuen Gesezes in Erkenntnissen auf Rechtsmittel hin.
 §. 42. S. 177—179.

Zweite Abtheilung.

Handlungen, in deren zeitlichen Verlauf der Wechsel des Gesezes fällt.

- A) Leitende Sätze §. 43. S. 180—183.
 B) Anwendungen:
 I. Auf einseitliche Verbrechen, einschließlich der fortbauenden.
 §. 44. S. 183—193.
 II. Auf fortgesetzte Verbrechen §. 45. S. 193—198.

Dritte Abtheilung.

Thaten, deren Zeit ungewiß ist.

§. 46. S. 198.

Berichtigungen und Zusätze.

Seite 3. Anm. 2 letzte Zeile I. 18 statt 14.

— 32. 3. 11 I. zusammenhängende statt hängende.

— 38. 3. 13 a. C. ist beizufügen: S. 135 f.

— 47. 3. 19 I. 19 statt 18.

— 60. 3. 4 I. 18 statt 17.

— 75. 3. 10 ist beizufügen: wie oben II. 2.

— 86. Anm. letzte Zeile I. 27 statt 29.

— 118. Anm. letzte Zeile I. 18 statt 19.

— 127. Anm. 2 I. 28 statt 29.

Daß ob. S. 99. Anm. 1. 3. 3 ff. Gesagte wird durch Staunton's englische Uebersetzung, welche ich inzwischen benützen konnte, bestätigt.

Geschichtlicher Theil.

§. 2.

„Die strafrechtlichen Folgen jeder Handlung bestimmen sich nach dem Rechte, welches zur Zeit ihrer Verübung besteht.“ Dieß ist die allgemeine Regel der heutigen Schriftsteller. Nur als Ausnahme läßt man daneben die rückwirkende Kraft milderer neuer Strafgesetze gelten. Unbestritten ist, daß keine Handlung härter bestraft werden kann, als nach dem Recht ihrer Verübungszeit.

III Dieß betrachtet man als etwas allgemein Gültiges, ja wohl als eine selbstständige Folgerung aus dem Wesen der Gesetzesübertretung. Es mag daher wohl auf den ersten Anblick überraschen, daß die Römer in der Blüthezeit ihrer nationalen Bildung und ihres öffentlichen Lebens ganz anders urtheilten; allein eben Dieß weist darauf hin, daß die obigen Sätze wesentlich auf den gegebenen Voraussetzungen der neueren Staatsansicht beruhen.

Den Römern genügte die **Strafwürdigkeit** der Handlung zur wirklichen Bestrafung durch das Volk oder die von ihm beauftragten Quästionen; die Strafe galt als rechtmäßig, auch wenn zur Zeit der That keine oder doch nur eine gelindere gedroht war: unbedingte Rückwirkung der Strafgesetze war also die Regel.

Außerlich erklärt sich Dieß aus dem eigenthümlichen Zustande der römischen Strafgesetzgebung und Gerichtsbarkeit: namentlich daraus, daß die Zahl der Gesetze lange Zeit hindurch eine verhältnißmäßig kleine und ebendeshalb jene umfassende Benützung neuer durch das Bedürfniß vielfach geboten war ¹⁾.

1) Vgl. überbieß unten S. 31 f., 42.

Zugleich aber entsprach das Ergebnis dem gesammten antiken Staatsprincip mit seiner unbedingten Unterordnung des Einzelnen unter den Staat als das schlechthin entscheidende Organ der nationalen Sittlichkeit. Diese Grundansicht ist praktisch von keinem Volke so bethätigt worden, wie von den Römern, und es hat sich hievon namentlich Solches, was der Rechtswissenschaft und Gesetzgebung angehört, auch in die Jahrhunderte des Verfalls herüber gerettet. — Im modernen Staate steht das Individuum in bewusster Selbstständigkeit, mit fest abgegränztem Rechtskreise der öffentlichen Gewalt gegenüber. Hierauf namentlich beruht es, daß die letztere sich bei der Bestrafung auf diejenigen Befugnisse einzuschränken hat, welche zur Zeit des Verbrechens im positiven Rechte formell begründet waren. Die antike Republik dagegen war im Allgemeinen nicht gewöhnt, ihre Machtvollkommenheit gegenüber dem Einzelnen im Voraus gesetzlich festzustellen und hienit zu begränzen ¹⁾: das positive öffentlich-rechtliche Gesetz galt mehr bloß als Ausdruck des im Volksbewußtsein lebenden Rechtes, denn als formeller Verpflichtungsgrund. Wer sich gegen jenes Bewußtsein gröblich verfehlte, der hatte von vorne herein dessen unausbleibliche Reaction zu gewärtigen und die wirkliche Bestrafung als eine rechtmäßige hinzunehmen.

Diese römische Ansicht und ihr diametraler Gegensatz gegen die heutige ist von den bisherigen Bearbeitern unserer Lehre so gut wie gar nicht gewürdigt worden. Im Gegentheile haben sie den ihnen bekannten Quellenzeugnissen durch willkürliche Annahmen und Deutungen den eigenthümlich antiken Sinn völlig verflümmert, während er doch in deren Worten schon bestimmt genug ausgesprochen war. Das volle Licht aber erhalten diese Zeugnisse erst dann, wenn man sie sich im Zu-

¹⁾ Eine Einschränkung dieses Satzes ergibt sich aus seinem Grunde. S. unten S. 32 in den W.: „Indessen konnte man“ u. s. w., S. 36—39.

sammenhange der altrömischen Strafrechtspflege überhaupt denkt, so wie uns diese jetzt namentlich in Geib's Darstellung entgegentritt.

§. 3.

Geradezu ausgesprochen wird der römische Gedanke von Cicero, *actio II. in Verrem lib. 1. cap. 42.* Der Zusammenhang und Sinn dieser Stelle ist im Wesentlichen folgender:

Die *lex Voconia* hatte im Jahre 585 der Stadt den in die erste Censuskategorie Aufgenommenen die Erbesetzung von Personen weiblichen Geschlechts untersagt ¹⁾. Dieses Verbot hatte Verres als Prätor urbanus in seinem Gebiete mit rückwirkender Kraft auf die Testamente der *non censi* ausgedehnt, hiedurch also den früher gültig errichteten letzten Willen derselben die Wirksamkeit zu entziehen versucht ²⁾. Die für uns

¹⁾ S. Gajus II, 274; Gellius noct. Att. VII, 13, XVII, 6, XX, 1; Dio Cassius LVI, 10; Pseudo-Ascon. zur obigen Stelle der or. in Verrem S. 188 f.; Liv. epit. 41; Augustinus de civ. Dei III, 21 (ed. Paris. 1636, Bb. V. S. 223); Bachofen, die *lex Voconia* (Basel 1843), bes. S. 24—39. Erlassen war die *l. Voconia* unter dem Consulate des M. Marcus Philippus und Cn. Servilius Gippio (Cicero de senect. c. 5, vgl. mit c. 4 und 10, wogegen Liv. epit. 41 nicht in Betracht kommen kann).

Der letzte Censur vor diesem Jahre war eben der des Postumius und Julius — 580 v. Chr., 174 v. Chr. — gewesen, bis wohin Verres sein Gebiet zurückwirken ließ (s. Liv. XLII, 27); ein neuer Censur fiel noch in dasselbe Jahr mit dem Gesetze (Liv. XLIII, 15—16). S. Bachofen a. a. O. S. 10—13; Walter, röm. Rechtsgesch. II. S. 604.

²⁾ Allerdings stimmt dieß mit dem ursprünglichen Zwecke der *l. Voconia* überein (insofern hat Drumann, röm. Gesch. V. S. 272. Ann. 73 Recht); allein dieses Gesetz hatte sich zu Cicero's Zeit längst als unhaltbar erwiesen, wie es denn ohne Anstand umgangen zu werden pflegte (s. z. B. Cicero de fin. II, 17; Tiro in Plutarch's Cicero c. 41; Dio Cass. XLVI, 18). Einem solchen Gesetz analoge Ausdehnung zu geben, entsprach dem Verufe des Prätors gewiß nicht.

Willig verkannt wird die rückwirkende Kraft, welche eben das Wesentliche bei diesem Theile des Gebictes war, von Rein (Crim. recht. der Römer S. 228), der es überdies ganz unrichtig zu den Strafgesetzen stellt (s. u. S. 14).

in Betracht kommenden Worte dieses Edictes waren nach cap. 41 a. a. D.: »qui ab A. Postumio, Q. Fulvio censoribus postve ea (sc. virginem mulieremve) heredem fecit, fecerit« Eine solche rückwirkende Bestimmung nun, sagt Cicero, sei in Privatrechtsgesetzen ganz unerhört ¹⁾. In der lex Voconia

1) Ich setze die Worte des Redners selbst nach der Ausgabe von Baier u. Galm (Zürich 1854) bei, da sie in fast allen älteren Ausgaben und in dem Abdrucke bei Zacharia S. 68 durch unrichtige Lesarten und Interpunctionen entstellt sind:

(§ 107). »Fecit, fecerit? Quis unquam edixit isto modo? quis unquam ejus rei fraudem aut periculum proposuit edicto, quae neque post edictum reprehendi neque ante edictum providi potuit?« (Cap. XLIII.) Jure, legibus, auctoritate omnium, qui consulebantur, »testamentum P. Annii fecerat, non improbum, non inofficiosum, non inhumanum. Quod si ita fecisset, tamen post illius mortem nihil de testamento illius novi juris constitui oporteret. Voconia lex te videlicet delectabat? Imitatus esses ipsum illum Voconium, qui lege sua hereditatem ademisti nulli neque virgini neque mulieri: »sanxit in posterum, qui post eos censors census esset, ne quis heredem virginem neve mulierem faceret. (§ 108.) In lege Voconia non est FECIT, FECERIT, neque in ulla praeteritum tempus reprehenditur, nisi ejus rei, quae sua sponte tam scelerata et nefaria est, ut etiam si lex non esset, magno opere vitanda fuerit. »Atque in his ipsis rebus multa videmus ita sancta esse legibus, ut ante facta in iudicium non vocentur. Cornelia testamentaria, nummaria, ceterae complures, in quibus non jus aliquod novum populo constituitur, sed sancitur, ut quod semper malum facinus fuerit, ejus quaestio ad populum pertineat ex certo tempore. (§ 109.) De jure vero civili si quis novi quid instituit, is non omnia, quae ante acta sunt, rata esse patietur? Cedo mihi leges Atinias, Furias, Fusias, ipsam, ut dixi, Voconiam, omnes praeterea de jure civili: hoc reperi in omnibus statui jus, quo post eam legem populus utatur.«

Hiermit stimmt im Wesentlichen namentlich das von Mai veröffentlichte vaticanische Palimpsest überein (J. Mai, classici Vatic. II. S. 391 f.); insbesondere in der wichtigen Wendung »de jure vero civili is non omnia, quae ante acta sunt, rata esse patietur?«, deren Richtigkeit auch durch Priscian XVIII, 13 (Ausg. v. Krehl Bb. II. S. 157) bestätigt wird. Die Vulgata und noch Zumpt in seiner Ausgabe der Verrinen, sowie

selbst sei das Verbot nur für die Zukunft aufgestellt. »Dort heißt es nicht »fecit, fecerit«, und überhaupt kein Gesetz umfaßt rückwärts die Vergangenheit (ober: rügt die Vergangenheit) außer denen über solche Handlungen, welche schon in sich selbst so verbrecherisch und verdammenwerth sind, daß sie, auch wenn das Gesetz nicht bestünde, höchlich gemieden werden müßten. Und sogar da ist Vieles in den Gesetzen so gefaßt, daß frühere Handlungen nicht mehr vor Gericht gezogen werden. Derartige Gesetze sind die lex Cornelia über Testaments- und Münzfälschung und mehrere andere: in diesen wird nicht ein neues Recht für das Volk aufgestellt, sondern (nur) verfügt, daß, was von jeher eine Uebelthat gewesen war, von einem bestimmten Zeitpunkt an vor das Volksgericht gehören solle. Wer aber im Civilrecht etwas Neues einführt, der sollte nicht alles früher Geschehene unangetastet lassen? Man schlage die Gesetze des Atinius, Furius, Fusius und, wie gesagt, das voconische selbst nach, überhaupt sämtliche civilrechtlichen ¹⁾: in allen wird man nur solches Recht aufgestellt finden, das von Erlassung des Gesetzes an für das Volk gelten soll.«

Hierin liegt bezüglich der Strafgesetze offenbar der Gedanke: bei Handlungen, welche ihrer inneren Beschaffenheit nach (abgesehen von positiv-rechtlicher Bedrohung) unzweifelhaft verbrecherisch sind, ist diese Strafbarkeit hinreichender Grund der wirklichen Bestrafung, so daß das Strafgesetz, wie

Zacharia a. a. D., lasen statt dessen »is omnia rata esse patietur«, was viel matter wäre.

In §. 108 wollte Lambinus (emendat. Tull. p. II, Ausg. v. Klein [1830] II. S. 139) statt »populum« lesen »praetorem«; sein Zweifelsgrund erhebt sich aber dadurch, daß ja auch die quaestiones perpetuae als Volksgerichte (judicia publica = populica) galten. S. Geib, röm. Crim.-Proc. S. 175, 402—403. — Hierdurch wird zugleich meine obige Uebersetzung gerechtfertigt.

1) Die Erklärung der Worte »Cedo mihi ...« ist aus Geib's römischem Criminalproceß S. 343 (nach der Mitte) analog zu entnehmen.

z. B. die *lex Cornelia de falsis*, eigentlich gar nicht als Quelle neuen materiellen Rechtes, sondern bloß als Anordnung über die Geltendmachung einer schon an und für sich begründeten Strafbefugniß betrachtet werden kann; und dennoch ist selbst hier die Wirksamkeit mancher Bestimmungen, wie eben in jener *lex Cornelia*, auf zukünftige Handlungen begränzt. — Die Rückwirkung der Strafgesetze ist hier offenbar als das Regelmäßige gedacht. Denn in der That fallen weitaus die meisten öffentlichen Verbrechen, zumal nach römischen Ansichten und bei dem engen Umfange des damaligen öffentlichen Strafrechtes, unter jenen Gesichtspunkt innerer Strafwürdigkeit. Gänzlich verkannt wird Dieß von Rein S. 228, indem er schon für die republikanische Zeit die Nichtrückwirkung der Strafgesetze als Regel behauptet und nur eine Ausnahme für solche Handlungen zugiebt, „welche schon vorher auch ohne „lex als verboten gegolten haben.“

Birnbaum S. 120 läßt die Rückwirkung der Strafgesetze durch den Gebrauch der Formel »qui fecit, fecerit« bedingt sein und hält gleichfalls das Gegentheil für die Regel, „weil die Gesetze gewöhnlich nur mit den Worten »qui fecerit« „angefangen haben“ 1). Zacharia S. 68, 69, 73 ist Dem beigetreten und nimmt geradezu an, es sei in den *legg. judic. publicorum* nur selten von der angeblichen Befugniß zur Anordnung rückwirkender Kraft Gebrauch gemacht und vielmehr

1) Mit einigem Schein könnte man sich hiefür in grammatikalischer Hinsicht auf D. XXVIII. 7 de condit. institut. l. 10 (vgl. Andt's Pandecten S. 66. Anm. 4) berufen. Allein diese Stelle beweist nur, daß, wie sich ohnehin von selbst versteht, das Perfectum bloß auf die Vergangenheit, das Futurum exactum (»scripsero«, »fecerit«) auch auf die Zukunft geht, beide von der Zeit der Erklärung aus gerechnet. Sie beweist also Nichts dagegen, daß das Fut. exact. in den Gesetzen der ciceronischen Zeit, falls es dort je allein stand, frühere Thaten mit umfaßte, widerlegt aber jedenfalls die unten S. 13 anzuführende Behauptung Rein's.

ausdrücklich bestimmt worden, ut ante facta in iudicium non vocentur.

Ich halte gerade das umgekehrte Verhältniß für das richtige.

Vor Allem muß beachtet werden, daß es für Cicero's Partei-Interesse wesentlich darauf ankam, die Unzulässigkeit der Rückwirkung in möglichster Allgemeinheit darzuthun. Bezeichnend hiefür ist die Zuversichtlichkeit, mit welcher er sich auf die *lex Atinia* beruft; denn eben bei dieser galt es als sehr zweifelhaft, ob ihr rückwirkende Kraft zukomme oder nicht 1). Wäre nun die Rückwirkung der Strafgesetze etwas Seltenes gewesen, so hätte sie Cicero gewiß als vereinzelte Abweichung in möglichst geringschätzendem Tone abgefertigt. Da er aber sichtlich bemüht ist, sie als folgerichtiges Ergebnis aus dem allgemeinen Wesen strafwürdigen Unrechtes zu erklären, so muß sie denn doch auch dem Umfang ihres Vorkommens nach bedeutend genug gewesen sein.

Sodann sagt Cicero durchaus nicht, daß bei Strafgesetzen gerade die Formel »fecit, fecerit« zur Begründung rückwirkender Kraft erforderlich sei. Er kommt auf diese Formel überhaupt nur deshalb zu reden, weil Verres sich ihrer in seinem Edicte bedient hatte, und behauptet von ihr nichts weiter, als daß sie in Edicten und Privatrechtsgesetzen völlig unerhört sei. Hierin liegt nach dem Zusammenhange nur soviel, daß sie die Rückwirkung bezeichnete, nicht aber, daß hiezu gerade sie gebraucht sein mußte. Grammatikalisch genommen genügte dazu schon das bloße Perfectum (»fecit«), und nach dem Zeugniß des hochangesehenen Sprachkenners P. Nigibius Figulus auch das Futurum exactum für sich allein (»fecerit«) 2). In

1) S. Gellius, noctes Att. XVII, 6 u. die folg. Anm.

2) P. Nigibius, Zeitgenosse und Freund Cicero's (s. dessen ep. ad div. IV, 13; Plutarch, Cic. c. 20), wird eben in dieser sprachlichen Frage — in Bezug auf die zweifelhaften Worte der l. *Atinia*: »quod subreptum

den auf uns gekommenen Uebersetzungen der legg. jud. publ. ist die strafbare Handlung weitaus am häufigsten einfach in

erit« — von Gellius, noctes Att. XVII, 6 als Auctorität angeführt. Seine Ansicht läßt sich in moderner Ausdrucksweise so wiedergeben: „jene Worte bezeichnen ebensowohl die Vergangenheit, als die Zukunft, wenn man sie sich verbunden, wie ein Wort, als das Futurum exactum des Passivums denkt; nur wenn man sie völlig trennt, also wie ein Substantivum und beigesetztes Verbum — wie »certamen erit«, »sacrificium erit« — ansieht, beziehen sie sich bloß auf die Zukunft.“ Um so viel mehr muß das Erstere vom Fut. ex. des Activums gelten, da dieses (z. B. »fecerit«) schon an und für sich ein Wort ist.

Auch lassen sich mehrere ächte Gesetzesstellen namhaft machen, an denen das Fut. ex. theils sicher, theils wahrscheinlich die der Vergangenheit angehörigen Handlungen mit umfaßt. So Zeile 101 (27) der tab. Heraclensis aus der l. Julia municipalis: »nisi quei stipendia fecerit«; ferner das Bruchstück eines sonst unbekannten Gesetzes bei Haubold S. 499: „isque. locus. ubi quis, adversus. ea. humatus. sepultusve. **erit** purus et religione. solutus. esto«; Johann das Sct. de Bacchanal. Zeile 23—26, wo der Conj. des Plusquamperf. (»fecissent«) = Conj. des Fut. ex. gebraucht ist; das Bruchstück eines Repetundengesetzes, vielleicht der lex Julia rep., bei Haubold S. 140: »pecuniam **ceperit**«; die lex Servilia repetundarum nach Klenze's Reconstitution: »**abstulerit, ceperit, coeg. erit, conciliaverit, averterit**« (s. Klenze, fragm. l. Serviliae, 1825, S. 2); endlich der vierte erhaltene Satz des Sct. de imperio Vespasiani: »utique. quos. . . . — senatui. populoque. Romano. commendaverit. quibusque suffragationem. suam. dederit. promiserit. eorum comitis quibusque. extra. ordinem. ratio. habeatur.« Vielleicht gehört hierher auch die bei Haubold S. 83 f. abgedruckte Sanctio eines alten Gesetzes: »sei quis adversus alias rogationes hujus rogationis ergo **fecerit**. quodve. ex. earum. rogationum aliqua eum facere oportebit **non fecerit**. id. ei. fraudi. multae. poenae ne esto« (vergl. mit der volleren Fassung der unten S. 11 zu Num. 2 anzuführenden Sanctio) — nämlich insofern als schon der Antrag auf das neue Gesetz gegen ein älteres verstossen konnte.

Andererseits bezieht sich in manchen Gesetzen das Fut. ex. nur auf die Zeit zwischen ihrer Erlassung und dem Urtheil: allein dann ist diese Beschränkung stets durch den besonderen Sinn und Zusammenhang des Gesetzes gegeben und überdies fast immer durch einen Beisatz ausdrücklich bezeichnet. Solche Beisätze finden sich z. B. in dem altrömischen Gesetz auf der kanti-

dem letzteren Tempus genannt, bisweilen auch im Perfectum allein; beide Ausdrucksweisen wechseln so ab, daß zwischen ihnen im Sinn offenbar kein Unterschied gemacht ist ¹⁾. Müßte man also von hier aus unbedingt auf den Text der Gesetze selbst schließen, so wäre gleichwohl gerade das Gegentheil von Birnbaums Folgerung gerechtfertigt. Allein schon jener Schluß ist völlig unzulässig. Die strafrechtlichen leges der Republik, aus denen uns die hier in Betracht kommenden Sätze im ächten Wortlaut erhalten sind, fangen keineswegs „gewöhnlich nur mit qui fecerit an“, sondern haben im Gegentheile sämtlich die volle Fassung »qui fecit fecerit« u. dgl. ²⁾.

nischen Tafel — Zeile 5, 13, 16—19 »ex hac lege«; 3. 14 »posthac«; 3. 21 »post hanc legem rogatam« (Klenze, philolog. Abhandl. 1839. S. 12 f., 19, 21 f., 23 f.; Haubold S. 74—76); in dem fragm. legis agrariae bei Hyginus de limitibus (Gellius, rei agr. auctores legesque variae [Amsterb. 1674] S. 339 f., Haubold S. 165) k. IV. u. V. — »hac lege« —; beßgl. in Zeile 17—19 der tabula Heraclensis »hac lege« (Haubold S. 103 f.); in der unalten l. tribunicia prima (Festus s. v. Sacer mons, Müller S. 318) »eo plebiscito«; im fragm. legis Papiriae de sacramento (Festus s. v. Sacramentum, Ausgabe von Müller S. 347, Haubold S. 8) — »post hoc« —; in der unten anzuführenden lex Quinctia »post hanc legem rogatam.« Auch die Worte »adversus ea« können dieselbe Einschränkung bedeuten: so in der lex Jul. municipalis, tab. Heraclensis Zeile 97 (23), 107 (33), 140 (66) — »quei adversus ea fecerit« —, in dem Sct. bei Frontinus de aqueduct. II, 127: »si quis adversus ea commiserit« (anders an der oben angef. Stelle des Sct. de Bacchanal.). — Für das Sct. bei Frontinus II, 97 (Haubold S. 165) ergiebt sich die beschränkte Deutung der Worte »si quis oletarit« aus der Analogie der lex Quinctia und des Sct. das. II. 127, sowie aus der polizeilichen Richtung des Verbotes.

Im Zweifel aber bezieht sich nach dem Bisherigen in Ermangelung eines beschränkenden Beisatzes das Fut. ex. mit auf die Vergangenheit.

1) Das Perfectum findet sich z. B. in l. 4 pr. D. ad l. Jul. maj. (XLVIII. 4) in den Worten »adactus est« und in l. 10 das. »prodita est« mitten unter Sätzen der anderen Fassung.

2) Die unalten Gesetze, welche der Königszeit und dem ersten Jahrhunderte der Republik zugeschrieben werden, bleiben hier sichtlich außer Be-

Es sind dieß

die lex Sempronia »ne quis iudicio circumveniretur«, und die l. Cornelia de sicar. in dem entsprechenden Abschnitte: »qui tribunus militum legionibus quattuor primis, quive quaestor, tribunus plebis quive in senatu sententiam dixit, dixerit, qui eorum coit, coierit, convenit, convenerit, quo quis iudicio publico condemnaretur;

sodann dieselbe lex Cornelia in dem Abschnitt über Vergiftung:

»qui venenum malum fecit fecerit« quicumque fecerit, vendiderit, emerit, habuerit, dederit« ¹⁾.

Die lex Julia municipalis (tab. Heracleensis Zeile 110 (36)—123 (49):

»quei. furti. quod. ipse. fecit. fecerit. condemnatus. pactusve. est. erit. queive. iudicio. fiducio.« (fiduciae?) »pro socio. tutelae. mandatei. injuriarum. deve. »d. m.« (= dolo malo) »condemnatus est. erit u. f. f. in beständiger Wiederholung und im Unterschiede von dem auf Zeile 125 (51) folgenden: »qui adversus ea fuerit sententiamve dixerit u. f. w.« ²⁾.

tracht, da von ihnen jener genaue Gebrauch der Tempora nicht erwartet werden kann.

1) Cicero pro Cluentio c. 54 (§. 148), vgl. mit c. 55 (§. 151) und c. 56 (§. 154).

2) Haubold S. 122—126. Die Unfähigkeit zu Gemeinbekümmern, wovon es sich dort handelt, ist eine wahre Ehrenstrafe; insofern kann daher dieses Gesetz füglich hierher gestellt werden. Zugleich begründet es die Vermuthung, daß die verwandte Stelle des prätorischen Edictes über Infamie — D. III, 2 de his qui not. l. 1 — gleichfalls entweder ursprünglich die volle Fassung »est, erit« u. f. w. hatte, oder mit dem bloßen Fut. ex. auch vergangene Handlungen umfaßte. Daselbst gilt von dem Edicte »quod vi metusve causa gestum erit, ratum non habeo« (D. IV. 2 q. met. c. l. 1). Cicero's rhetorische Wendung »quis unquam edixit isto modo?« steht nicht entgegen, zumal da sie sofort mit den Worten »quis unquam — potuit« erklärt und näher bestimmt wird.

Ferner die alte lex Silia de ponderibus (vom J. 510 der Stadt):

»si quis magistratus adversus hac D. M. pondera »modiosque vasaque publica, modica minora majorave »faxit jusseritve fieri« ¹⁾.

Noch die sanctio im senatusconsultum de imperio Vespasiani hat dieselbe Fassung:

»si quis hujusce. legis ergo. adversus leges rogationes. »plebisve. scita senatusve. consulta. fecit. fecerit. sive »quod. eum ex lege. rogatione plebisve scito. s. ve. c. facere »oportebit. non fecerit. hujus. legis ergo id. ei ne fraudi. »esto« ²⁾.

In der lex Servilia repetundarum, die allein unter allen legg. judic. publ. der Republik zum großen Theil erhalten ist, haben wir gerade die Stelle nicht mehr, welche für unsere Frage hauptsächlich in Betracht käme. Daß dieses Gesetz rückwirkende Kraft hatte (wenn gleich mit einer Beschränkung), wird unten in §. 8 gezeigt werden. Hiemit stimmt das Perfectum der 3ten Zeile — »(quantum pecuniae) ablatum captum coactum conciliatum aversumve sit« — überein. Sollte Menze's Restitution der ersten und zweiten Zeile wirklich richtig sein, so hätten wir auch in diesem Gesetze die strafbaren Handlungen in beiden Tempora ausgedrückt — nur mit der Eigenthümlichkeit, daß gegenüber der einen Klasse von Uebertretern das einfache Fut. ex., gegenüber der andern das bloße Perf. gebraucht wäre. Uebrigens läßt sich vermuthen, daß im

1) So muß stat. »jussit vere fieri« gelesen werden. Die Stelle ist aufbewahrt von Festus s. v. publica pondera (Ausg. v. Müller S. 246, Haubold monum. S. 1). Zu beachten ist, daß die lex Silia nur die längst bestehenden Maße einschärft (s. Wach, metrolog. Unters. S. 207, 291), wonach ihre Strafbestimmung auch auf frühere Verfehlungen der Magistratus füglich Anwendung finden konnte.

2) Haubold S. 223.

ersten Satz der lex das Vergehen etwa so ausgedrückt war: »abstulit, abstulerit, cepit, ceperit, coëgit, coëgerit, »conciliavit, conciliaverit, avertit, averterit«; denn an viel minder bedeutenden Stellen, Zeile 73 und 80 (Menze S. 88, 89, 98) stellt das Gesetz beide Tempora in dieser Weise neben einander.

Die späteren Juristen unterlassen es, in ihren Uebersetzungen der alten Lexen die Wortfülle derselben zu wiederholen. So ist aus der l. Cornelia de sicar. das »fecit«, »dixit«, »coiit«, »convenit« weggelassen und nur das einfache Fut. cr. beibehalten: D. XLVIII. 8. h. t. l. 1 pr. — §. 2, l. 3 pr., l. 4 pr., l. 10, Coll. leg. Rom. et Mos. I. 2 u. 3, VIII. 4 u. 5, Paulus R. S. V. 23. Daß die andern Gesetze gleiches Schicksal hatten, stimmt mit dem sonstigen Verfahren unserer juristischen Gewährsmänner durchaus überein. Legten sie doch auf die ursprüngliche Fassung der alten Strafgesetze so wenig Gewicht, daß davon nicht einmal die spätern Erweiterungen äußerlich ganz getrennt wurden ¹⁾; um wie viel mehr werden sie Ausdrücke abgekürzt haben, welche nur in längst verschwundener Zeit transitorische Bedeutung gehabt hatten und auch hiefür nicht einmal nothwendiges Erforderniß gewesen waren!

Jedenfalls ist uns nur von zwei Gesetzen, die erst der Regierungszeit des Augustus angehören, eine Fassung bekannt, welche die Strafbestimmungen ausdrücklich auf die Folgezeit beschränkte: nämlich von der lex Julia de adulteriis coercendis (737 d. St.) und der lex Quinctia de aquaeductibus (745). In der ersteren lautete die Hauptbestimmung: ne quis posthac stuprum, adulterium facito sciens dolo malo (D.

¹⁾ Vgl. Savio, observ. ad leg. Cornel. de sicar. S. VI, VII; Wächter im N. A. XIII. S. 3, 4, 43; Geib, röm. Criminal-Proceß S. 403.

XLVIII. 5 h. t. l. 12); in der letzteren enthielt das Verbot den Befehl »post hanc legem rogatam.«

Gegen den Grundsatz des republikanischen Rechtes beweisen diese zwei Gesetze schon deshalb Nichts, weil ihre wesentlichen Zwecke — Wiederherstellung der Sittlichkeit, Sicherung öffentlicher Werke — eben nur auf die Zukunft giengen, so daß man das früher Geschehene flüchtig auf sich beruhen lassen konnte ¹⁾.

Bedeutung aber ist es für unsere Lehre überhaupt, daß beide an der Schwelle der Kaiserzeit stehen und so den entscheidenden Wendepunkt der Ansichten äußerlich kennzeichnen.

§. 4.

Für die Zeit der Republik wird Cicero's Grundgedanke, daß den öffentlichen Strafgesetzen in der Regel rückwirkende Kraft zukomme, durch alle Nachrichten über Inhalt und Anwendung jener Gesetze bestätigt.

Die wichtigsten sind in dieser Beziehung natürlich diejenigen, welche allgemeine Normen in dem Sinn aufstellten, für die Ahndung vergangener wie zukünftiger Thaten auf die Dauer zu gelten. Hierher gehören nachweisbar die oben genannte lex Sempronia und lex Cornelia, die Gesetze des Pompejus über parricidium, vis und ambitus, und mit einer Einschränkung die lex Servilia repetundarum. Daneben kommen aber auch solche Gesetze in Betracht, welche sich nur auf vorübergehende Verhältnisse bezogen (wie die

¹⁾ Bezeichnend für die Richtung der lex Julia de adulteriis, insbesondere für die Ausschließung rückwirkender Kraft, ist die Aeußerung August's über einen Specialfall: „vixit libel haben die bürgerlichen Unruhen herbeigeführt; daher wollen wir jenes Vergehen der Vergessenheit überlassen, für die Zukunft aber Vorkehrung treffen, daß nichts Derartiges mehr geschehe.“ Dio Cassius LIV, 16.

lex Varia auf die Bewegung zu Gunsten der Bundesgenossen), und selbst diejenigen, welche nur die Untersuchung und Bestrafung bestimmter einzelner verübter Handlungen anordneten.

§. 5.

Die lex Sempronia vom Jahre 631 d. St., worin Cajus Gracchus den Grundsatz der Volksgerichtsbarkeit in Kapitalfachen neu einschärfte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit seiner Uebertreter feststellte, war von vorne herein mit gegen die außerordentlichen Senatskommissionen gerichtet, welche neun Jahre zuvor (622) wider des Tiberius Gracchus Anhänger mit Kapitalurtheilen „gewüthet hatten“, und der verantwortliche Vorstand jener Ausnahmengerichte, Consular Popilius, unterlag dieser Rückwirkung des Gesetzes ¹⁾. Dieß war selbst nach der

1) S. über den Inhalt der lex Sempronia Cicero pro Cluentio c. 54—56; Plutarch, C. Gracchus c. 4, vgl. mit Cic. pro Rabirio perd. reo c. 4, in Catilinam IV, 5 und den Scholien zur letzteren Stelle: Ambros. S. 730 und Gronov. S. 412; über die Anwendung des Gesetzes auf Popilius: Plutarch a. a. O., Vellejus Pat. c. II, 7, schol. Bobiense zu Cic. post red. ad Quir. c. 3 (S. 252), vgl. mit Plutarch's Liber. Gracchus c. 20, Sallust's Jugurtha c. 42, Cic. de amicitia c. 11. — Vgl. Götting, Gesch. d. röm. Staatsverf. S. 435, 436; Gerlach, histor. Studien II. S. 120 (wo es in der Anmerk. 1 heißen sollte »pro Cluentio« statt »pro Quinctio«); Geib, röm. Crim.-Proc. S. 174; Laboulaye, essai S. 212—215; Nitsch, die Gracchen (Berl. 1847) S. 389—391, vgl. mit S. 330 f.; Mommsen, röm. Geschichte (2te Aufl., 1857) S. 111, 112, vgl. mit S. 89; Eisenlohr, die provocatio ad populum (1858) S. 26.

Aus dem von Cicero pro Cluentio angef. Wortlaute der lex (s. oben S. 10) ergibt sich eben deshalb, weil er nach dem vorigen §. rückwirkende Kraft begründete, zugleich mit Sicherheit die besagende Verantwortung der vielbesprochenen Streitfrage, ob wir hier ein und dasselbe Gesetz vor uns haben, welches in Plutarch's C. Gracchus c. 4, als gegen Popilius gerichtet, und in Cicero's Rede pro Rabirio mit den Worten erwähnt wird: »C. Gracchus legem tulit, ne de capite civium Roma-

römischen Ansicht über »res sua sponte sceleratas ac nefarias« wohl nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt, daß jene Urtheile ihrem materiellen Inhalte nach Justizmorde gewesen waren ¹⁾; und da Dieß von der aristokratischen Partei verneint wurde (Cic. de amic. c. 11), so erklärt sich schon hieraus die Mißbilligung Cicero's (pro Cluentio c. 35, pro domo c. 31), sowie der starke Widerstand, welchen das Gesetz in den Comitien gefunden hatte ²⁾.

Bezeichnend aber ist, daß die Rückwirkung als solche dem sonst so viel geschmähten Urheber des Gesetzes nirgends zum Vorwurfe gemacht, ja sogar von Vellejus Paternulus, der unter den Geschichtschreibern einer seiner entschiedensten Gegner ist, ausdrücklich gebilligt wird ³⁾. — Dabei darf man die lex

»norum injussu vestro judicaretur« (a. M. waren noch Drelli, onomasticon Tullianum III. S. 263—265, vergl. mit S. 266 ff.; Walter, röm. Rechtsgefch. I. §. 95, II. §. 791, vergl. mit II. §. 768).

Theilweise irrig ist die Auffassung der lex Sempronia bei Ahrens, orat. IV. in Catil. S. 215 und bei Worb's, diss. de legg. a C. Sempr. Graccho latis (Bonn 1857) S. 40, 41.

1) Noch wenige Jahre zuvor (616 d. St., 138 v. Chr.) hatte nach Cic. Brutus c. 22 eine ähnliche Specialcommission unter dem Vorsteher der Consuln gleichfalls »ex senatusconsulto« einen großen und berühmten Proceß abgeurtheilt, und wir finden dort keinen Zweifel an ihrer Zuständigkeit ausgesprochen, obwohl unter den Angeklagten Publicane, also vermuthlich römische Bürger waren. Selbst nach der lex Sempronia war wenigstens die außerordentliche Strafgewalt der Magistrats und des Senats gegen innere Feinde der Republik stehender Gegenstand des Streits und ebenso lebhaft verteidigt, wie angegriffen. Cic. de orat. II, 30, de partit. orat. c. 30; Sallust, Catilina c. 51, vergl. mit c. 52; Cic. orat. IV. in Catil., bes. c. 5.

2) S. über letzteren Mommsen, röm. Gesch. II. S. 112.

3) Vellejus II, 7. »Eadem Rupilius Popiliusque, qui consules asperrimi in Tib. Gracchi amicos saevierant, postea iudiciorum publicorum merito oppressit invidiam.« Sieburch, sowie durch Sallust's Jugurtha c. 42 ist Mommsen's scharfes Urtheil über jene Ausnahmengerichte (S. 89) gerechtfertigt. Viel zu mild ist, was Nitsch, die Gracchen

Sempronia nicht als bloßes Ausnahmengesetz gegen Popilius ansehen (woburch ihre Bedeutung für unsere Frage sehr vermindert würde); sie diene zwar der Rache des Gracchus und der Plebs ¹⁾, aber noch mehr dem umfassenden Gesetzgebungsplane, nach dessen Scheitern sie gleichwohl in allgemeiner Bedeutung stehen geblieben, ja sogar von Sulla seiner lex de sicariis wörtlich einverleibt worden ist ²⁾. Von ihrer Erlassung an wagten es der Senat und die Consuln nur noch in einigen der äußersten Fälle, gegen handhaften Hochverrath und was demselben gleichgestellt wurde, mit außerordentlicher Gewalt »more majorum« einzuschreiten ³⁾, und Dieß wurde mehr auf

§. 330 f. sagt. Man hat hier wie sonst zu beachten, daß Vellejus der gemäßigt aristokratischen Partei zugethan ist (s. Lau, Luc. Cornel. Sulla [1855] S. 20, 124), wie er denn eben an der angef. Stelle unmittelbar zuvor die ganze gracchische Bewegung (im Gegensatz zu Sallust) ungünstig und kleinlich beurtheilt.

Alle anderen Nachrichten nennen nur den Popilius als Opfer der lex Sempronia. Vielleicht hat aber Vellejus bei Popilius bloß den Verlust seiner Popularität im Auge, da dieser mittelbar Ursache seines Todes wurde (s. Cic. Tusc. IV. 17. §. 40; vergl. Plin., hist. natur. VII. 36. §. 122).

1) Der Wunsch der Plebs nach Rache diene dem Tribun zugleich als Waffe gegen die Senatspartei, wie die Bruchstücke seiner Reden gegen Popilius (Meyer, orat. Roman. fragm., Par. Ausg. v. 1837, S. 230 f.) zeigen. Vergl. Cicero pro Rabirio perd. reo c. 5; Appian de b. civ. I. 22 »νόσος ἰσχυρὰ«; Nitzsch, die Gracchen S. 387—390, aber auch Eisenlohr, Provocatio S. 26 f.

2) S. Cicero pro Cluentio c. 55 u. 56, bes. in den Worten »ea ne lege accusarentur . . . quae tunc erat Sempronia, nunc est Cornelia.« Ich nehme deshalb und nach dem Inhalte der oben S. 10. 3. 4—7 angeführten Sätze keinen Anstand, dieselben wörtlich nicht bloß der lex Cornelia de sicariis, sondern auch der lex Sempronia selbst zuzuschreiben.

3) Nämlich gegen C. Gracchus selbst (Livius epit. 61, Valer. Mar. V. 3. §. 2, scriptor de illustr. viris c. 65, Appian de b. civ. I. 26, Plutarch, C. Gracchus c. 14—17).

Saturninus (Liv. epit. 69, Cicero pro Rabirio perd. reo c. 7, Appian de b. civ. I. 22, Plutarch, Marius c. 30),

Staatsnothwehr oder Kriegsrecht als auf eigentliche Strafgerichtsbarkeit gegründet; den Vollstrecker des Senatsgutachtens traf die Nothwendigkeit, sich vor dem Volke zu verantworten ¹⁾.

§. 6.

Daß die lex Cornelia de sicariis nicht bloß in dem aus der lex Sempronia aufgenommenen Abschnitte, sondern auch

Catilina's Genossen (Liv. epit. 102, Sallust, Catilina c. 50—53, 55, Vellej. Patere. II, 34, 35, Florus IV, 1, Appian de b. c. II, 5, 6, Plutarch, Cicero c. 20, 21, Dio Cassius XXXVII, 35, 36).

Der Gesichtspunkt des Kriegsrechtes und der Staats-Nothwehr wird hier überall hervorgehoben, daneben aber auch die Analogie des facinus manifestum (Appian de b. civ. II, 6: *ἔναον ὡς αὐτοπάσων ἄνεν ὑπλοῶς καταγνῶρα*, Sallust, Catil. c. 52, bes. im Schlusssatz: »de confessis, si-«
»cuti de manifestis rerum capitalium, more majorum supplicium su-«
»mendum.«

Die quaestio, von welcher Cicero im Brutus c. 22 berichtet (Geib röm. Crim.-Proc. S. 219. Anm. 17) hatte 15 Jahre vor der lex Sempronia stattgefunden (vgl. ob. S. 15. Anm. 1); noch einige Jahre früher die von Cicero de fin. II, 16 erwähnte (Geib S. 219). Die letztere, sowie die gegen Clodius wegen Incests (Cicero ad Atticum I, 14, 16, Seneca epist. XVI, 2 Zickert, Sueton, Cäsar c. 6, Ascon. zu Cic. pro Milone c. 33. S. 52, 53) waren vom Volke beschloffen: die eine so, daß der Senat den Vorstehenden bestimmte, die andere bloß auf Antrag des Senates.

1) S. oben S. 15. Anm. 1. — Spinius zwar wurde freigesprochen (Liv. epit. c. 61 a. C.; Cic. pro Sestio c. 67 am Auf., vgl. mit Sallust, Jug. c. 16, 40, 65 a. C.); aber Cicero glaubte bekanntlich, der lex Clodia (s. u.) durch das Exil ausweichen zu müssen (Liv. epit. 103; Vellej. Patere. II, 45; Appian de b. civ. II, 15; Plutarch, Cic. c. 30; Dio Cassius XXXVIII, 14).

S. überhaupt Dirksen, civ. Rh. I. S. 146—148 u. bes. Geib, röm. Crim.-Proc. S. 217—219; Drumann, Gesch. Roms Th. V. S. 487—559, 636—640; Mommsen, röm. Gesch. Th. III. S. 167—178.

Nicht hierher gehört die Tödtung des Saturninus; denn diese erfolgte, als die Empfänger sich dem Consul Marius schon ergeben hatten und behufs des ordentlichen Strafprocesses in Gewahrsam gebracht waren. So erzählt der zuverlässige Appian de b. civ. I, 23. Cicero freilich schweigt davon in seiner Rede für Rabirius aus begreiflichen Gründen.

in ihren allgemeineren Bestimmungen über Tödtung und Brandstiftung rückwirkende Kraft hatte, folgt aus ihren Bruchstücken bei Cicero pro Cluentio c. 54, 55; für sie und die lex Pompeja de parricidio wird es angedeutet von Pseudo-Asconius zu Cicero in Verrem II, 1. c. 42. §. 108 (S. 189). Auffallen kann es uns bei dem ersteren Gesetze nicht, weil dieses die Strafen gegenüber der früheren Praxis milderte; um so mehr aber bei dem zweiten, welches ohne Zweifel die Strafe des parricidium auf den in D. XLVIII. 9 h. t. l. 1 angegebenen Kreis von Fällen erst ausdehnte ¹⁾.

§. 7.

Sehr wichtig für unsere Frage sind die Strafgesetze des Pompejus über vis und ambitus. Von diesen wissen wir bestimmt, daß sie, gemäß ihrer ausdrücklichen Verfügung, auf eine große Zahl früherer Verbrechen, namentlich die Ermordung des Clodius und die nach derselben von seiner Nothe verübten Gewaltthaten, aber auch auf viele mit diesen Vorgängen in gar keinem Zusammenhange stehenden Fälle von Ambitus angewendet worden sind.

Dabei kommt wesentlich in Betracht, daß auch diese Gesetze nicht etwa, wie man von dem de vi gewöhnlich sagt, bloße Ausnahmismaaßregeln gegen Milo waren, sondern die allgemeine Bestimmung hatten, der Ordnung des Gemeinwesens als dauernde, festere Stützen zu dienen. In diesem inneren Zusammenhang erscheint die ganze pompejische Gesetzgebung nach dem einstimmigen Berichte der Geschichtschreiber: Appian de b. civ. II. 24, 25; Plutarch, Pompejus c. 55; Dio Cassius XL.

¹⁾ Vgl. mit jener l. 1 Juvenal, Sat. VIII, 212 ff. nebst dem Scholion zu B. 213 (Ausg. v. Heinrich, Bonn 1839, S. 254); Seneca de clem. I, 23; Sueton, Octav. c. 33; Schrader zu I. IV, 18. §. 6. S. 768.

51—55 ¹⁾. Auch die Worte des Asconius, im argumentum zur milonischen Rede. (S. 37):

»qua (sc. lege) nominatim caedem in Appia via factam
»et incendium curiae et domum M. Lepidi interregis oppu-
»gnatam comprehendit«

stehen durchaus nicht entgegen, da sie nur sagen, diese Verbrechen seien mit Namen, nicht sie ausschließlich seien im Gesetze begriffen worden. Das Verhältniß kann ganz wohl das gewesen sein, daß Pompejus für gewisse Fälle der vis überhaupt — etwa Mord, Brandstiftung, Hausfriedensbruch oder Vergewaltigung von Beamten in öffentlicher Zusammenrottung — höhere Strafe einführte und zugleich jene concreten Verbrechen, welche die Veranlassung des Gesetzes waren, ausdrücklich als hierher gehörig nannte ²⁾. Gerade so hatte

¹⁾ Namentlich Appian und Dio sind in solchen Dingen sehr zuverlässige Berichterstatter. S. über Ersteren (gegen Niebuhr) Bähr, in Pauly's Real-Encyclop. Th. I. S. 643; Lan, Cornel. Sulla (1855) S. 19; auch Niebuhr giebt in seinen Vorträgen über römische Gesch. (bearb. von Schmitz und Zeiß) Bd. I. S. 98 wenigstens zu, daß Appian sehr gute Quellen benützte. Vielleicht lag ihm hier, wie sonst (s. Niebuhr's röm. Gesch., Ausg. v. 1853, II. §. 61. Anm. 104, §. 150. Anm. 73) eine Nachricht des Posidonius vor, der mit Pompejus in Verbindung stand und eben um jene Zeit in Rom war. Ueberdies ist es in unserer Frage nicht ohne Bedeutung, daß Appian Rechtsgelehrter war.

²⁾ Die Ansicht Geib's hierüber (röm. Crim.-Proc. S. 221, 311 f.) ist also m. E. durch Mommsen (Zeaer R. Lit.-Ztg. 1844. S. 258) nicht widerlegt. Letzterem folgt Rein, Err. der Römer S. 740, 741. (Die untergeordneten Einwendungen Weider muß ich hier übergehen.) Andererseits beweist der Fall des Plancus (Dio Cassius XL, 55; Plut., Pompejus c. 55, Cato minor c. 48; Geib S. 312 zu Anm. 175) nur soviel, daß das pompejische Gesetz auf alle Diejenigen angewandt wurde, welche eine Mitschuld an den oben genannten Verbrechen trug; denn Plancus wurde wegen Theilnahme an den hierunter begriffenen Gewaltthatigkeiten der Clodianer verurtheilt (s. Cicero, Philippica VI. c. 4, epist. ad div. VII, 2; Dio Cass. XL, 55 in d. B.: »ἀδικησάντων τοῦ βουλευτηρίου συμπονησάντων«, vgl. mit der obigen Stelle des Asconius: 2*

schon das *Set. de Bacchanalibus* die allgemeine Strafbestimmung und das Senatsgutachten über den anhängigen Fall verbunden (s. u. §. 9 a. E.). In jener umfassenden Bedeutung wurden die Gesetze des Pompejus bis auf die Zeit von Cäsars Staatsstreich gehandhabt, was wenigstens von der *lex de ambitu* bestimmt nachgewiesen werden kann. Hierher gehören die Prozesse wegen früheren Ambitus gegen Milo, Sestius, Memmius, Hypsäus, Scaurus, Messala und L. Scipio; wegen späterer gleichartiger Vergehen wider Servius, Calpurnius und Appianus (Claudius Pulcher¹⁾). Aus diesen Processen geht zugleich hervor, daß die Strafe des ambitus nach dem Gesetze des Pompejus dieselbe war, welche auf dem Majestätsverbrechen stand, vermuthlich *aquae et ignis interdictio*²⁾; sollte er nun für

»qua et incendium curiae et domum M. Lepidi interregis oppugnatam comprehendit«; Drumann, Gesch. Roms Bd. IV. S. 214 f).

Aus der Zwischenzeit von da bis zu dem Staatsstreich vom Januar 705 (49) werden nur noch zwei Prozesse wegen vis erwähnt (s. Ollivier an Cicero in den ep. ad div. VIII, 6), und jedenfalls einer derselben war auf die *lex Plotia* gegründet. Allein hieraus kann man schon deshalb Nichts gegen die obige Ansicht schließen, weil diese Zwischenzeit nur zwei Jahre betrug.

1) S. Appian de b. civ. II, 24; sodann über Milo Asconius in Cic. orat. pro Mil. S. 54; über Sestius Cicero ad Att. XIII, 49 §. 1, ad div. VII, 24. §. 2, vgl. mit ep. ad Att. IX, 9. §. 4; über Hypsäus und L. Scipio Plutarch, Pompejus c. 55; ib. Scaurus Cicero ad Quintum fr. III, 1, 2, 3, 8; über Servius und Calpurnius Ollivier an Cic. ep. ad div. VIII, 4 u. 9; über App. Claudius denselben, ep. ad div. VIII, 6, Cicero eb. III, 11, 12; über Messala s. Ollivier a. a. O. ep. 2 und 4, vgl. mit Val. Mar. V, 9. §. 2 u. Cicero's Brutus c. 96. Nicht hierher gehört Gabinus, den Appian irrthümlich nennt (s. Drumann III. S. 54 ff.).

2) Drumann, Gesch. Roms II. S. 352. Anm. 5 und Rein S. 718 schließen Dies aus Cäsars Institutionen. Hiezu kommen aber noch die von ihnen nicht benutzten Worte des App. Claudius bei Cic. ad div. III, 11: »de ambitu quid interest an de maiestate?« vielleicht auch (je nach der Interpunction und Auslegung) die des Ollivier bas. VIII, 2: »Itaque relictus lege Licinia, maiore periculo esse videtur.«

die schwersten Arten der vis, abgesehen von jenem Specialfalle Milo's und der Clodianer, eine geringere Strafe gelassen haben¹⁾?

Jedenfalls ist ganz unzweifelhaft, daß nach beiden Gesetzen die neue, härtere Strafe derselben auf frühere Verbrechen in bedeutender Zahl angewandt worden ist, und daß diese Rückwirkung als solche weder den Richtern, die doch so ganz besonders gerühmt werden²⁾, ein Bedenken machte, noch auch nur von den Angeklagten und Vertheidigern angefochten wurde. Letzteres ist um so beachtenswerther, als uns gerade hier sehr reichhaltige Quellen vorliegen, welche nicht nur das allgemeine Urtheil der Zeitgenossen, sondern auch — namentlich in der milonischen Sache — die Vertheidigungsweise der Beklagten und sogar die Pläne zu derselben wiedergeben. Angriffe auf die Gesetze blieben natürlich nicht aus, aber sie richteten sich auf andere Punkte, und zwar solche, welche weit leichter als die Rückwirkung zu vertheidigen gewesen wären, wenn die Römer

1) Zacharia S. 71 Anm. bezweifelt überhaupt, »ob die *lex de vi* eine poena gravior enthalten habe.« Allein Asconius sagt ganz bestimmt S. 37: »poenam graviolem et formam iudiciorum brevior«; und daß dieser Satz von beiden Gesetzen handelt, ergibt sich aus den folgenden Worten »utraque enim lex.« Daß, was Asconius dann weiter in diesem Zusammenhange berichtet, sich bloß auf die forma iudicii bezieht, ändert hieran Nichts; denn für die Proceßgeschichte, welche sich dort anschließt, kam es ihm zunächst nur auf die processualischen Bestimmungen an; die Strafe — *aquae et ignis interdictio* — wird später, bei Gelegenheit des Endurtheils, deutlich genug bezeichnet (S. 54) und konnte überdies als bekannt vorausgesetzt werden. Gar Nichts beweisen die von Zacharia S. 72 angeführten Worte aus dem 6ten Cap. der Rede; denn dort handelt es sich nicht von der Strafe, sondern darum, ob das Gesetz selbst schon die Schuld Milo's ausspreche, was Cicero verneint.

2) S. oben Bd. I. S. 244, 245 Anm.; Bellaj. Patere. II, 76, Cicero ad div. VII, 2; Osenbrüggen, Cicero's Rede für Milo S. 22, 46.

an der Zulässigkeit der letzteren im Strafrechte auch nur ernsthaft gezwifelt hätten. Der Tribun M. Cilius, welcher in seinem Eifer für Milo selbst vor Gewaltschritten nicht zurückschreckte, gründete nach Asconius (S. 37, 38) seinen Widerspruch gegen den Gesetzesvorschlag nur darauf, daß dieser ein Privilegium (s. u.) gegen Milo enthalte und durch seine processualischen Vorschriften zur Uebereilung der gerichtlichen Verhandlungen führe. Auch Cicero tadelt in der von ihm geschriebenen milonischen Rede (cap. 5) und in der zweiten Philippica (cap. 9) nur die processualischen Bestimmungen als unnötig und unpolitisch ¹⁾; ebenso Cäsar in der öffentlichen Rechtfertigung seines Restitutionsgesetzes zu Gunsten der Verurtheilten: de bello civ. III, 1. ²⁾

Dagegen wird allerdings berichtet, das Gesetz über Ambitus sei in der Vorberathung des Senates eben der beabsichtigten Rückwirkung wegen auf Widerspruch gestoßen; aber auch hier war nicht der Grundsatz als solcher, sondern bloß die Länge der Zeit, auf welche zurückgegangen wurde, Gegenstand des Angriffs, und zwar aus dem persönlichen Grunde, daß darnach auch Cäsar mit seiner ersten Bewerbung um das Consulat unter das Gesetz gefallen wäre ³⁾. Nur von Cato erzählt Plutarch in seiner Lebensbeschreibung (c. 48), er habe es bei jener

1) Hiegegen kommt nicht in Betracht, was Zacharia S. 72. Ann. 98 bemerkt; denn Cicero schrieb die auf uns gekommene Rede erst nachträglich (vgl. Brutus c. 24. S. 91) und zwar ganz anders, als er gesprochen hatte. S. ob. Bd. I. S. 239 f. Ann.; Dio Cassius XL, 54; Plutarch, Cicero c. 35; vgl. auch Jahn in s. Ausg. des Brutus zu c. 96, S. 328.

2) Die Begründung, welche ihm nach Cicero ad Att. IX, 14 in den Mund gelegt wurde (»a se, quibus easilii poena superioribus legibus non fuisset, reductos esse«) muß ihm selbst hiernach als ganz ungenügend erschienen sein. Auch ergibt sich aus Cicero ad Att. IX, 14, daß der berühmte Jurist Serp. Sulpicius jene Restituten sehr mißbilligte.

3) Appian de b. civ. II, 23.

Senatsverhandlung für eine arge Härte erklärt, die Schuldigen nach einem Gesetze zu strafen, welches sie zur Zeit ihrer That nicht übertreten haben. * Allein abgesehen von der Frage, ob diese Begründung nicht bloß vom Biographen herrührt, spricht sie im Falle der Richtigkeit eben nur Cato's individuelle Ansicht aus, welche zwar immerhin seiner stoischen Schulphilosophie, aber als allgemeiner Grundsatz nicht dem altrömischen Verhältniß des Bürgers zum Staat entspräche. Indessen konnte man eben beim er. ambitus flüchtig davon ausgehen, es fehle hier an der höheren Strafwürdigkeit, welche sich jedem Thäter von selbst hätte aufdrängen müssen und demgemäß die Rückanwendung der härteren Strafe gerechtfertigt hätte. War es doch gegenüber der allgemeinen Corruption der Wähler meist geradezu unmöglich, mit lauterem Mitteln ein Amt zu erlangen, und hatten sich doch die hervorragenden Männer aller Parteien in Masse jenes Verbrechens schuldig gemacht! So erklärt es sich um so leichter, daß die Einwendung gerade nur hier, nicht auch beim crimen vis erhoben wurde. Jedenfalls aber drang ja die Opposition nicht durch: des Pompejus Antrag wurde ungeminde zum Gesetz erhoben ¹⁾.

1) Ein überliefertes Mißverständniß ist, daß Pompejus in Folge jenes Widerspruches den Wirkungskreis des Gesetzes auf die seit seinem zweiten Consulate (699 v. St., 55 v. Chr.) begangenen Verbrechen beschränkt habe (so noch Drumann II. S. 351; Rein, Err. der Römer S. 717 und 718). Dieser Irrthum kann wohl nur aus unrichtiger Auffassung Dessen entstanden sein, was Appian den Pompejus auf jene Einwendungen erwidern läßt: »ὁ Πομπηϊὸς ἀμφοτέρων τῶν Καίσαρος ἡγανάκτει, ὡς ἀμείνωνος ὄντος ὑποπίπτει, ἐπεὶ καὶ τὴν αὐτοῦ δευτέραν ὑπατείαν τῷ χρόνῳ περιλαμβάνειν θάναται« (d. h. während ja auch sein eigenes zweites Consulat von jener Zeitbestimmung mit umfaßt werde); »πολλὸν δὲ ἀναλαβεῖν θέλει, ἐξ ἀκριβοῦς διόρθωσιν ἐπιτηρυμένης ἐκ πολλοῦ τῆς πολιτείας.« (cap. 24) »Τοιαῦτα δ' εἰπὼν, ἐκείνου τὸν νόμον. Καὶ πλεῖστος ἦν αὐτίκα δικῶν ποικίλων.« u. s. w. Hierin liegt doch mit aller möglichen Bestimmtheit, daß Pompejus seinen ursprünglichen Antrag aufrecht erhielt. Das Mißverständniß entsprang

§. 8.

Die lex Servilia repetundarum verordnet im 18. Cap. Zeile 57, 58 (Klenze S. 70, 71) ausdrücklich ihre Anwendung auf frühere ex. repetundarum, jedoch so, daß bei solchen delictis aestimatio nur auf den einfachen Betrag des Entfremdeten gestellt werden soll, während sie für künftige Uebertretungen auf das Doppelte geht. Dagegen zogen wohl auch erstere die Ehrenstrafen nach sich, welche die l. Serv. festsetzte ¹⁾. Dieß läßt sich daraus schließen, daß nach den freilich sehr verstümmelten Zeilen 73 und 80 die criminelle Anklage nach dem neuen Gesetze wider Diejenigen, welche nach der lex Calpurnia oder Junia schon zum einfachen Ersatze verurtheilt waren, nicht bloß zugelassen, sondern auch durch das Versprechen von Belohnungen gefördert wurde.

Hiernach enthält auch die lex Servilia keine wahre Ausnahme von dem bisher erörterten Grundsatz; denn da die oben genannte Gemüthsumme lediglich an die Beschädigten fiel, war es ganz folgerichtig, auf sie die Regel des Privatrechtes von der Nichtrückwirkung neuer Gesetze anzuwenden, obwohl sie vor dem Criminalgerichte mit einer accusatio gefordert wurde.

§. 9.

Manche der bisher genannten Gesetze schon waren je durch besondere Vorfälle veranlaßt und wesentlich mit auf deren

sichtlich aus irriger Auffassung der Worte »ἐπεὶ καὶ . . . περὶ λαμβάνεσθαι«, welche Celenius ganz falsch so übersetzt hatte: »tempus tamen contraxit, a secundo suo consulatu incipiens.« S. dagegen Schweighäuser, Appian Vb. III. S. 741, zu dieser Stelle.

1) Daß die lex Servilia an die Verurtheilung Ehrenfolgen knüpfte, nicht aber das Exil als regelmäßige Strafe aufstellte, hoffe ich an einem andern Orte zeigen zu können. Vorläufig s. gegen Rein S. 620 Dio Cassius fragm. 106 (»ἐξήμισθι χρημασι«) und 107 (»ἐξ' ἡρώσε μνηστὴς ἀργυρέωντος«).

Abnüdung berechnet. Häufig aber war eben Dieß der ganze Zweck und Inhalt eines Gesetzes, indem das Volk lediglich die Untersuchung und Bestrafung bestimmter begangener Handlungen verfügte. Dieß geschah theils bei solchen, deren Strafbarkeit und Strafe bereits durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht festgestellt war (z. B. Mord, Incest), theils aber auch bei anderen, wo das materielle Strafrecht des Staates erst jetzt einen positiv-rechtlichen Ausdruck erhielt — etwa weil eine gleichartige Handlung früher gar nicht zur Sprache gekommen war. —

Uns berühren hier nur die Gesetze der letzteren Klasse ¹⁾ — namentlich deshalb, weil wir auch an ihnen erkennen, daß den Römern die Rückwirkung des positiven Strafrechtes ganz geläufig war. Es gehören hierher folgende Gesetze, welche je wegen bestimmter Handlungen einen Strafproceß vor einem Specialgerichte (quaestio privilegii similis) ²⁾ geführt wissen wollten:

die lex Scribonia v. J. 605 d. St. gegen Ser. Sulpicius Galba wegen treubruchiger Niedermetzlung und Knechtung der Lusitaner, welche sich ihm ergeben hatten ³⁾

1) Gesetze der ersten Art waren die rogatio Peducaea gegen die Vestalinnen Licinia und Marcia wegen Incest's vom J. 641 d. St. (Dio Cass. fragm. 92; Cic. de natura deorum III, 30; Liv. ep. 63; Acon. zu Cic. pro Milone S. 46); das Gesetz des Q. Iulius Calenus wider Clodius wegen des nämlichen Verbrechens (s. ob. S. 17. Num.), und die lex Pedia gegen Cäsars Mörder (Vellej. Patere. II, 69; Dio Cassius XLVI, 48, 49. XLVII, 22; Liv. epit. 120; Appian de b. civ. III, 95; Drumann, Gesch. Rom's I. S. 338—341. Letzterer bezeichnet das Gesetz als privilegium, womit er einen zu weiten Sinn verbindet; s. dagegen unten §. 11).

2) S. Cicero, Brutus c. 23: »T. Libone . . . — rogationem in Galbam, privilegii similem, ferente«; Mommsen in der Zeitschr. N. Litt.-Ztg. 1844. S. 257, 258 (abgesehen von dem, was dort über die l. Pompeja de vi gegen Geis gesagt wird; s. ob. S. 19. Num. 2).

3) Appian de reb. Hispan. c. 59, 60; Liv. epit. 49; Cicero, Brutus

(denn solcher Mißbrauch des Imperium gegen eben erst unterworfenen Feinde konnte natürlich nicht als gewöhnlicher Mord u. s. w. behandelt werden);

die lex Mucia v. 614 gegen L. Hostilius Tubulus, der sich als Vorstehender eines hauptstädtischen Criminalgerichtes hatte schamlos bestechen lassen (für solche Fälle gab es damals noch kein ausdrückliches Strafgesetz ¹⁾);

die lex Mamilia über die schweren Pflichtverletzungen, deren sich viele römischen Großen in den Verhältnissen zu Jugurtha schuldig gemacht hatten — einschließlich der Geschenkannahmen und des unbefugten Friedensschlusses (Cassius, Jugurtha c. 40, 65 a. C.);

die lex Appuleja über Beeinträchtigung der Majestas — zunächst durch den Raub der Tolosauer Tempelschätze (648) und die Niederlagen im cimbrischen Kriege, bes. die von 649 ²⁾);

c. 23, de orat. I, 53, pro Murena c. 28; Valer. Mar. VIII, 1. §. 2, VIII, 7. §. 1, IX, 6. §. 2. Appians Bericht über jene Schandthat ist sichtlich der zuverlässigste. Jedenfalls gehört die lex Scribonia nicht zu den Reperundenprocessen, wohin Rein S. 645 sie stellt. Daß sie beim Volke durchfiel, ist bekannt.

1) Cicero de finibus II, 16, IV, 28, V, 22; de nat. deor. I, 23, III, 30; pro Scario c. 1. §. 5 und hiezu Uscon. S. 23. Menge fr. legis Servillae, proleg. S. XIII; Rein S. 602, 603, 613; f. aber auch Mommsen in der Jenaer N. Litt.-Ztg. 1844. S. 257.

2) S. Licinianus fragm. (Hrsg. v. Perz 1857) S. 10. Z. 4—8; Cic. pro Balbo c. 11; sodann bezüglich der Niederlage von Crausio Cic. Brutus c. 35. §. 135, de orat. II, 28. §. 125, Valer. Mar. IV, 7. §. 3, Liv. epit. 67, Dio Cassius fragm. 98 f.; über den Raub der Tempelschätze Cic. de nat. deor. III, 30, Strabo IV. c. 1. §. 13 (Ausg. von Kramer), Drosius V, 15, Dio Cassius fragm. 97. — Die richtige Ansicht über die ursprüngliche Bedeutung der lex Appuleja hat Mommsen, röm. Gesch. II. S. 176—179 aufgestellt. Wäre dieses Gesetz — was nicht bestimmt verneint werden kann — nach der lex frumentaria seines Urhebers erlassen, so bezöge es sich mit rückwirkender Kraft ohne

endlich die lex Varia gegen Diejenigen, welche den Staatern wider den römischen Staat offen oder heimlich Vorschub geleistet hätten — worunter zunächst das von Drusus geleitete Unternehmen, denselben das Bürgerrecht zu verschaffen, verstanden war ¹⁾.

Der materiell strafrechtliche Inhalt der drei letztgenannten Gesetze hatte jedenfalls insofern rückwirkende Kraft, als die Strafbarkeit der betreffenden Handlungen eben auf die neue Anordnung, nicht auf die älteren Begriffe der perduellio, proditio u. s. w. gestützt wurde. Letzteres wäre auch, zumal da diese Begriffe keineswegs mit der Bestimmtheit juristischer Technik festgestellt waren, bei manchen jener Handlungen gar nicht angegangen, insbesondere bei denen der lex Varia nicht, soweit die Bewegung zu Gunsten der Bundesgenossen sich im Geleise friedlicher Agitation gehalten hatte.

Bei der lex Varia trat noch das Besondere ein, daß ihre quaestio, ohne eine eigentlich ständige zu sein, über die ganze Zeit des Bundesgenossenkrieges in sehr lebhafter Thätigkeit blieb und bald — unter Aufrechterhaltung ihres offensibeln Zweckes

Zweifel namentlich auch auf die gewaltsame Störung der Abstimmung über die letztere (s. auctor ad Herenn. I, 12, II, 12; vgl. Rein S. 507 f., Lau, Sulla S. 111, aber auch Mommsen, röm. Gesch. II. S. 179 Anm., S. 199—202).

1) Appian de b. civ. I, 37; Valer. Mar. I, 6. §. 4; Cicero pro Scario c. 1. §. 3 und Brutus c. 56, 88 a. C. Auch hier ist Appian die beste Quelle, da er sichtlich in die damaligen inneren Bewegungen des Staates tief eingeweiht war (s. Lau, Sulla S. 19). Bestätigt wird seine Angabe über die ursprüngliche Richtung der lex Varia durch den bei Diodor, excerpta Vaticana, ed. I. Rom. S. 116, Dindorf S. 128 erhaltenen sog. Eid des Philippus — worüber die Bemerkungen Dindorffs (Diod. ex recensione Dindorffii, ed. Müller. Vol. II. Paris 1855. S. 566) und Mommsen's, röm. Gesch. II. S. 222 Anm. zu vergleichen sind. S. überhaupt Kiene, Bundesgenossenkrieg S. 182 f., 268 ff., vgl. mit S. 173 ff.; Lau, Sulla S. 149 ff., 180 ff., 141 ff.; Mommsen, röm. Geschichte S. 222 f., 226 f., 236 und Jenaer N. Litt.-Ztg. 1844. S. 257.

und Wortlautes, aber ganz wider die Absicht ihrer Urheber — sich gegen Diejenigen wandte, welche durch Verweigerung des Bürgerrechtes den Krieg verschuldet hätten ¹⁾. Aehnlich verhielt es sich bei der lex Appuleja in ihrer Anwendung auf Norbanus, der jedoch freigesprochen wurde (Cic. de orat. II, 40. §. 167; II, 48, 49. §§. 199, 200; Mommsen, röm. Gesch. II. S. 178, 179 Anm.).

Alle diese Gesetze gehören erst den letzten anderhalb Jahrhunderten der Republik an. In der früheren Zeit sehen wir denselben Zweck dadurch erreicht, daß bestimmte strafwürdige Handlungen vom Magistratus vermöge seines Imperium oder vom Volke ohne irgend ein vorgängiges Gesetz geahndet wurden, woran bisweilen eine nachfolgende allgemeine Bedrohung ähnlicher Handlungen sich anschloß. So erging die lex Valeria gegen Wiedereinführung des Königthums erst nach der Bestrafung der hierauf abzielenden Verschwörung (Liv. II, 8, vgl. mit 5); ebenso das Sctum de Bacchanalibus nach der Bestrafung des Unfugs, wodurch es veranlaßt war (Liv. XXXIX, 8—19), und zwar wahrscheinlich so, daß die Hauptbestimmung des früheren Senatsgutachtens über jenen concreten Fall (daf. c. 14) nun als bleibende Straffsagung in dem neuen, allgemeinen (daf. c. 18) wiederholt wurde ²⁾.

1) Cicero, Brutus c. 89; Riene, Bundesgenossenkrieg S. 268 ff.; Mommsen, röm. Gesch. II. S. 236. So läßt sich mit Appian's Bericht der des Asconius z. Cic. pro Scauro S. 22 wenigstens theilweise vereinigen. Offenbar auf Mißverständnis beruht des Letzteren Behauptung über das Motiv der lex Varia: »cum ob sociis negatam civitatem nobilitas in invidia esset.«

2) Hierauf weist die Nachricht, daß unser Sct. nach der wirklichen Bestrafung der Schuldigen erlassen wurde (Liv. c. 18) und die Fassung der Zeilen 23—26: »senatiosque sententiam ut ei scientes esetis eorum. »sententia ita fuit sei. ques. (? quei?) esent. quei arvorum ead. »fecissent. quam suprad. scriptum. est. eis rem. capitalem faciendam »censuere.« Bezüglich Derjenigen, welche bloß Gelübde abgelegt hatten, galt

§. 10.

Die positive Form, welche das Privatrecht in der römischen Republik durchaus beherrschte, war für das öffentliche Strafrecht nach dem Bisherigen bei Weitem nicht vollständig anerkannt.

Wo das Gesetz dem Verbrechen und der Strafe erst nachfolgte, da erscheint es als etwas Entbehrliches, das bloß aus Gründen der Zweckmäßigkeit für die Zukunft aufgestellt wird.

Wo die Strafe auf den Grund eines bestehenden Gesetzes ausgesprochen wurde, da kam zwar dessen eine Eigenschaft, Anweisung für den Richter zu sein, zur vollen Anerkennung: aber seine Bedeutung als Verbot des Verbrechens war hier außerwesentlich, sofern es jedenfalls mit dazu bestimmt war, auf früher verübte Handlungen angewendet zu werden.

Es ist ohne Zweifel ein formeller Fortschritt, daß vor-

die Capitalstrafe nicht rückwärts, wohl aber gegen die Priester, Lehrer, Vorsteher, sowie Diejenigen, welche die sacra wirklich ausgeübt und Geldbeiträge zusammengeschossen hatten. Dieser Unterschied wird dadurch angedeutet, daß dem Verbote der Gelübde (Zeile 13, 14) das Wort posthac beigefügt ist, während sich in den anderen Sätzen (Zeile 9—12, 15—21) keine solche Beschränkung findet. Hiemit stimmt die Angabe des Livius c. 18 überein, Diejenigen, welche bloß Gelübde abgelegt hatten, seien gefangen gehalten, die aber, welche sich mit Unzucht, Mord, falschem Zeugniß, Siegel-fälschung, Unterschlebung von Testamenten und andern Missethaten befaßt hatten, hingerichtet worden; denn er fügt sofort bei, die Letzteren seien die Mehrzahl gewesen, und in der That werden ja jene »sacra« als Zusammenkünfte einer ungeheuern Verbrecherbande geschildert. S. Liv. XXXIX, 8; Valer. Max. I, 3. §. 1; Tertullianus apol. c. 6; Augustinus de civ. dei VI, 9; Rein S. 888; Geib S. 102, 103; Ritsch, die Gracchen S. 123—125; Pauly's Real-Encyclopädie Bd. II. S. 1069—71. Unerheblich ist für unsern Gegenstand, ob das auf uns gekommene Actenstück das Sct. selbst oder ein Edict ist, welches dessen wesentlichen Inhalt wiedergibt (wie Götting, röm. Urk. S. 27 f. vermutht). Den Text s. bei Götting daf. und in Hanbold's monum. legal. S. 5—7.

nämlich im letzten Jahrhunderte der Republik zahlreiche Strafgesetze mit allgemeiner und dauernder Bestimmung erlassen wurden; aber die letzte Konsequenz der Positivität — durchgreifende Unterscheidung der strafbaren und bloß strafwürdigen Handlungen und Ausschließung der rückwirkenden Kraft auch gegenüber den letzteren — ist selbst hier nicht gezogen.

Eben die Entbehrlichkeit der positiven Form im öffentlichen Rechte gehört zum Grundcharakter des antiken Geistes. Das wachsende Bedürfnis nach ihr auf diesem Gebiete fällt mit einem entschiedenen Nachlasse seiner Kraft und Eigenthümlichkeit zusammen. Für den antiken Staat vornämlich hat das Wort des Tacitus »*corruptissima republica plurimae leges*« seine tiefe Bedeutung.

In den Republiken des Alterthums, wo der thätige Kern des Staatslebens sich in dem engen Verband einer herrschenden Gemeinde zusammenschloß, wo zugleich unbedingte Oeffentlichkeit alle thatächlichen Vorgänge und alle Aeußerungen des Volksbewußtseins Jedermanns Auge darlegte und eben damit das Urtheil Aller in steter Wiederkehr herausforderte — da konnte und mußte das Wesen des Staates und Rechtes als in den Einzelnen gegenwärtig gedacht werden ¹⁾, und bedurften eben deshalb die Ansprüche des Staates gegen seine Angehörigen nicht noch eine besondere positive Form vorgängiger äußerlicher Ankündigung. Wie jeder Vollbürger sich als ein Glied der herrschenden Gewalt fühlte, ebenso wußte er sich ihr auch unmittelbar unterworfen. Die wenigen größten Verletzungen des allgemeinen Rechtsbewußtseins, welche in alter Zeit den ganzen Inhalt des öffentlichen Strafrechtes ausmachten, konnten sogleich zur Ahndung gezogen werden, ohne vorher durch Gesetz oder auch nur Gewohnheitsrecht mit dieser Folge bedroht zu

¹⁾ Vgl. Rößlin, Gesch. des deutschen Strafrechts (Hrsg. v. Geßler, 1859) S. 10 f., 21 unten, 28.

sein; ja diese Ansicht war unentbehrliche Voraussetzung schon für die Bildung eines umfassenden Gewohnheitsrechtes in Strafsachen.

So gab es denn in der älteren Zeit der römischen Geschichte nur über sehr wenige Verbrechen positive Strafgesetze, die sich bis zum Ende des siebenten Jahrhunderts d. St. spärlich vermehrten. Dagegen unterlag es keinem Bedenken, daß auch andere unzweifelhaft strafwürdigen Handlungen von den Magistratus, späterhin vom Volke selbst unmittelbar oder durch die von ihm beauftragten Quästionen zur Strafe gezogen wurden.

Da nun das Volk richterliche und gesetzgebende Gewalt in sich vereinigte und demgemäß bei der Ausübung der ersteren an keinerlei positiv-rechtliche Schranke gebunden war ¹⁾, so konnte und mußte Jeder, der eine strafwürdige Handlung verübte, sich von vorne herein darauf gefaßt machen, diejenige Strafe zu erleiden, welche es im Augenblicke des Urtheils als angemessen erachten würde. Dieses Ermessen des Volks hatte zwar seinen festen Anhaltspunkt in der Gewohnheit gewiß schon darum, weil diese von den Richtern der ersten Instanz und den Anklägern zur Richtschnur genommen ward: allein das Gewohnheitsrecht selbst konnte sich nur allmählig ausbilden; die Vorgänge ließen Lücken und Zweifel genug übrig, welche selbstständiger Entscheidung bedurften; die fortschreitende Entwicklung der Lebensverhältnisse, der Kampf der Stände und Parteien, die Ausbreitung des Reiches brachten auch auf dem strafrechtlichen Gebiet Erscheinungen hervor, für welche die positiven Normen erst geschaffen werden mußten.

Wo das Volk, statt in den einzelnen Fällen die Strafe selbst zu verhängen, hiemit ein Specialgericht oder ein für allemal eine *quaestio perpetua* beauftragte, da galt das auf

¹⁾ S. Geib, röm. Crim.-Proceß S. 125 ff.

die gesetzliche Instruction begründete Erkenntniß dieses Hofes ganz wie ein Spruch des Volkes selbst: der Verurtheilte konnte sich also über ersteres so wenig wie über letzteren aus dem Grunde beklagen, daß die ausgesprochene Strafe nicht vor der That durch eine positive Rechtsquelle angedroht gewesen sei. Man war bei jener Doppelstellung des Volkes als Richter und Gesetzgeber und bei der Lückenhaftigkeit der geschriebenen Strafgesetze gar nicht gewöhnt, eine solche vorherige Androhung als wesentliches Erforderniß der Bestrafung zu denken. Ja, diese Ansicht bestand noch fort, nachdem sich die Voraussetzungen, besonders durch Sulla's zusammenhängende Gesetzgebung, völlig geändert hatten. Dieß zeigt sich deutlich z. B. darin, daß Cäsar es wagen konnte, die Strafe der *lex Cornelia de sicariis* auf Mörder der Proscribirten anzuwenden, obwohl diese durch das Gesetz selbst ausdrücklich ausgenommen waren ¹⁾.

So entspricht also die Rückwirkung der Strafgesetze ²⁾ als Regel dem Geiste des römischen Strafrechtes überhaupt und den Proceß-Einrichtungen, als deren rechtlicher Kern die Gerichtbarkeit des Volkes anerkannt war ³⁾. Eben von diesem

1) Sueton, Cäsar c. 11; Dio Cassius XXXVII, 10; Cicero pro Ligario c. 4 a. E. (wo freilich das Lob nicht viel bedeuten will); Mommsen, röm. Gesch. Bd. III. S. 159, 160.

2) Ein Beispiel eines anderen öffentlich-rechtlichen Gesetzes mit rückwirkender Kraft s. bei Liv. VII, 41.

3) Diese hauptsächlich von Leib ausgeführte Ansicht ist durch Mommsen in der *Jenaer R. Litt.-Ztg.* 1844. S. 247 f. nicht widerlegt. Sie ist schon für die Blüthezeit der Republik ganz wohl damit vereinbar, daß die Volksgerichte aus dem Provocationsverfahren entstanden und ursprünglich alle zweiter Instanz gewesen waren, ja daß an einigen Stellen noch vom Magistratus der Ausdruck »multam dicere« oder »judicare« gebraucht wird, obwohl seine Thätigkeit der Sache nach sich auf den Vorstoß in der Volksversammlung und die Obliegenheiten eines öffentlichen Anklägers beschränkte. Der Ansicht Mommsen's ist neuestens Eissenlocher, die Provocatio ad populum zur Zeit der Republik, *Schweizer* 1858 (S. 36—51), beigetreten.

Standpunkt aus erhält die oben in §. 3 besprochene Stelle Cicero's ihr volles Licht: die strafwürdige That begründet auch ohne vorgängige Bedrohung ein Strafrecht des Staates, und das positive Gesetz ist seiner Hauptbedeutung nach nur Vorschrift über die Ausübung jener anderweitig schon begründeten Befugniß. Hiemit stimmt auch die Thatsache zusammen, daß die *leges judiciorum publicorum*, wie z. B. die Bruchstücke der *l. Servilia repetundarum* zeigen, überwiegend processualischen Inhalt hatten.

§. 11.

Verhältniß der Strafgesetze zu den Privilegien.

Die Vereinigung der gesetzgebenden und richterlichen Gewalt im Volke führte keineswegs dazu, daß beide in ihrer Ausübung vermischt worden wären. Im Gegentheil gehörte ihre scharfe Trennung zu den obersten Grundsätzen der Verfassung. Der Unterschied konnte aber, eben weil das Volk beide selbst handhabte, nur in der Art und Weise des Verfahrens liegen.

Hierauf beruht die rechtliche Bedeutung des Verbotes, das schon in den XII Tafeln enthalten war: »*privilegia ne irroganto*« ¹⁾. Das Gesetz darf nicht eine concrete Rechtsache

1) S. bes. Cic. pro domo c. 17—19, 22, 29, 42; pro Sestio c. 30; de legg. III, 4 u. 19, in Pisonem c. 13; Vellej. Paterc. II, 45; und den angeblichen Brief Heraclit's Nr. 7, am Anf. (Heracliti epistolae quae feruntur, quas denuo recens. edidit A. Westermann, Lipsiae 1857, S. 9); Dirksen, civ. Abhandl. I, S. 246—255 und Zwölftafelgesetze S. 644—650; Götting, comm. de loco Varronis de re rust. I, 2. S. 4 f. Num., und röm. Staatsverf. S. 319. Dirksen faßt irrigens Abh. S. 254 ob. die Worte Cicero's, Brutus c. 23: »*privilegii similem*« wohl nicht richtig auf; auch wäre es ein Irrthum, wenn er wegen Tac. Annal. III, 27 die »*quaestiones in singulos homines latae*« unbedingt zu den Privilegien im Sinne der XII Tafeln rechnete, worauf seine Darstellung hinzuweisen scheint. Dieser alte Begriff der Privilegien muß,

geradezu entscheiden, eine bestimmte Person verurtheilen: Dieß soll immer nur auf den Grund eines besonderen, gerichtlichen Verfahrens geschehen, dessen Ergebnissen das Gesetz nicht vorgreifen darf. Eine »poena nominatim sine iudicio constituta« ist unrechtmäßig, auch wenn sie vom Volk ausgeht (Cic. pro domo c. 17). Als wesentliche Bestandtheile des Strafprocesses (im Unterschiede von der Gesetzgebung) werden hierbei von Cicero besonders genannt: das Erforderniß einer förmlichen Anklage (pro domo c. 18: »ubi crimen est, ubi accusator«; das. »neque accusatus«); das Beweisverfahren (das. »ubi testes«); die gesetzlichen Formen und Fristen, welche dem Anklageverfahren überhaupt unentbehrlich sind und die gehörige Vorbereitung der Vertheidigung ermöglichen (das. c. 17 in den W. »deinde ne nisi prodicta die — sit futurum«; »denique — sublatum est«; c. 18: »qui neque adesse sit iussus neque citatus«); die Vertheidigungsmittel selbst, insbesondere die so wichtigen, welche auf das Gefühl des Richters und sein Gesamt-Urtheil über die Persönlichkeit des Angeklagten einwirken sollten (das. c. 17: »tum multa etiam ad placandum — facilis suffragatio pro salute«) ¹⁾. In demselben Sinne nennt der Verfasser der heraklit'schen Briefe die persönliche Gegenwart des

wie Götting Staatsverf. S. 319 bemerkt, von dem späteren, der auch bei Gellius X, 20 zu Grunde liegt, wohl unterschieden werden, ist aber enger, als Götting ihn angiebt (s. u.).

1) Vergl. über Letzteres Geib S. 125 ff., 298 ff. — Eisenlohr, Provocatio S. 41, glaubt wegen der Worte »civis indemnatus« in c. 17 der angef. Rede, Cicero rechne zu den Erfordernissen der Bestrafung durch das Volk auch eine vorgängige Verurtheilung Seitens des Magistrats, und sucht demgemäß S. 129, 130 das Verbot der Privilegien näher zu bestimmen. Allein jene Worte erklären sich schon daraus, daß ein Volksschluß ohne Proceß kein Urtheil ist, Cicero also thatsächlich gestraft werden sollte, ohne daß von irgend einer Seite ein Urtheil ergangen wäre.

Angeklagten vor den Augen des Richters (*ἐπεὶ ἀπαθέστερον πρὸς ἄδελφον τὸν μέλλοντα πράξειν, ὁ δικάζων δὲ ὁρᾷ τὸν κρινόμενον, ᾧ συνάπτεται τὸ πάθος*), also die Unmittelbarkeit oder Mündlichkeit des Strafverfahrens.

Hiernach ist keineswegs jedes rückwärts wirkende Strafgesetz ein Privilegium, wie aus Götting's Definition des letzteren folgen würde. Den Unterschied zwischen beiden hebt Cicero in der milonischen Rede, c. 5 u. 6, scharf hervor, bes. in den Worten: »At enim Cn. Pompejus ... — spectare oporteret.« Selbst wo das Gesetz ausdrücklich einen bestimmten Vorfall zum Gegenstand einer quaestio macht, entscheidet es damit noch nicht in hypothesi über die That- und Rechtsfrage (*»de re et de causa«*, Cic. a. a. D. S. 15). Der Richter kann, je nach dem Ergebniß des Processes, ebensowohl freisprechen als verurtheilen (Cic. a. a. D.: »Quod nisi vidisset, posse absolvi eum — neque quaeri unquam jussisset, nec vobis tam salutarem hanc in iudicando litteram, quam illam tristem dedisset« ¹⁾). Dieß gilt namentlich auch von den oben S. 9 besprochenen Gesetzen, welche bestimmte Handlungen vor Specialgerichte wiesen; sie kommen zwar den verbotenen Privilegien sehr nahe — daher die Bezeichnung *qu. privilegii similis* —, fallen aber noch keineswegs mit ihnen zusammen (gewöhnlich, auch von Birnbaum im N. Arch. Bb. XI. S. 120 f., wird der Unterschied übersehen). Beide verhalten sich zu einander, wie im öffentlichen Recht Englands impeachment

1) Hiernach war die *lex Pompeja de vi* auch in ihrem gegen Milo gerichteten Theile kein Privilegium im Sinne des alten Verbots; denn sie lautete nicht etwa: »ut T. Annio aqua et igni interdicatur«, oder gar »interdictum sit« (wie die *lex Clodia*, Cic. pro domo c. 19 Anf.), sondern nur »ut de caede, quae in Appia via facta esset etc. quaereretur.« Hiegegen folgt Nichts aus der Bezeichnung des Celsus (Aecon. im arg. zur Miloniana S. 37) und des um zwei Jahrhunderte späteren Gellius X, 20.

und bill of attainder ¹⁾; insbesondere entsprach die lex Clodia, so wie Cicero sie darstellt, der bill of attainder, nicht, wie Birnbaum anzunehmen scheint, dem bloßen impeachment.

Gleichwohl haben eben Cicero's Äußerungen über die lex Clodia für unsere Lehre mittelbare Bedeutung, nämlich insofern, als auch sie auf die Ansichten der Römer über die rückwirkende Kraft der Strafgesetze schließen lassen. Nirgends beschwert sich Cicero über die Rückwirkung der lex als solche, immer nur über deren verfassungswidrig specielle Inhalt, womit die Verurtheilung schon entschieden und das rechtmäßige Strafverfahren mit seinen schützenden Formen und Verteidigungsmitteln ausgeschlossen sei.

§. 12.

Bestimmungen ohne rückwirkende Kraft in den legg. jud. publ.

Gemäß den Gründen, worauf die Rückwirkung der Strafgesetze überhaupt beruhte, war dieselbe folgerichtig bei rein positiven, insbesondere bloß polizeilichen Bestimmungen ausgeschlossen. Dieß pflegte man durch den Beisatz »post hanc legem rogatam« od. dgl. zu bezeichnen, und wo ein solcher fehlte, wurde wohl im Zweifel Rückwirkung angenommen. Hierfür sprechen theils die Worte des Clauca bei Cic. pro Rabirio post. c. 6 ²⁾, theils die Regelmäßigkeit, mit welcher

1) S. hierüber Gneist, engl. Verf.- und Verwaltungsrecht (1857) S. 288—292; Ruffel, Gesch. der engl. Regierung, übers. v. Krich, 1825, S. 143 ff. (Von letzterem Buche steht mir das englische Original nicht zu Gebot.)

2) Anders versteht dieselben Plenge, fragm. legis Serviliae S. 2. Anm. 2. Allein der Hauptpunkt bei Clauca's Regel ist überhaupt die beschränkende Fassung, wornach ein Gesetz entweder nur auf eine gewisse Klasse von Personen (»dic. eos. pr. mag. eq.«) oder nur auf die von

jene Beisätze in den bloß auf die Zukunft bezüglichen Gesetzen wiederkehren: so in den ob. S. 9 Anm. genannten, ferner in der lex Thoria c. VII. §. 18. VIII, 19 u. f. w. ¹⁾, in der lex de scribis etc. Zeile 41, 65 u. f. w. (Gegensatz in Zeile 60, 63: »ante hanc legem« ²⁾), in der lex Falcidia (D. XXXV. 2 h. t. l. 1 pr).

Hat nun das republikanische Recht auch bei solchen Handlungen, deren Strafbarkeit als selbstverständlich angenommen wurde, die Rückwirkung ausnahmsweise ausgeschlossen? Das Beispiel der l. Julia de adulteriis und der lex Quinctia de aqueduct. beweist Dieß nicht (s. o. S. 12. 13). Die Worte Cicero's in Verr. II, 1. c. 42. §. 208: »Atque in his rebus« etc. (ob. S. 4) scheinen es zwar auf den ersten Anblick zu sagen; beachtet man aber gehörig, was oben S. 7 über Cicero's Partei-Interesse bemerkt ist, so können sie jedenfalls nur in der allerbeschränktesten Deutung als geschichtliches Zeugniß gelten, d. h. bloß in dem Sinne: »auch die Gesetze, welche jene strafwürdigen Handlungen betreffen, enthalten manche Bestimmungen ohne rückwirkende Kraft.« Dieß bleibt nun dem Buchstaben nach richtig, auch wenn es nur auf diejenigen bezogen wird, welchen schon nach der Regel keine Rückwirkung gegeben werden konnte: z. B. auf die Strafdrohungen gegen Vergehen der Richter, welche erst in Folge der Ver zu verurtheilen waren, gegen polizeiliche Uebertretungen und bloße Beeinträchtigungen eines Hoheitsrechtes. Auf Letzteres leitet namentlich die Erwähnung der lex Cornelia de falsis. Wäre diese auf frühere Testamenten-

einer bestimmten Zeit an (»post h. l. rog.«) verübten Handlungen anwendbar ist. Ein argum. e contrario ist für den zweiten Fall dadurch nahe gelegt, daß es sich im ersten geradezu von selbst versteht.

1) S. den Text bei Rudorff, Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissensch. Bd. X. S. 152, 153.

2) Brissonius de formulis (Paris 1583) II. S. 158; Savigny, monum. S. 86, 87.

und Münzfälschungen nicht angewandt worden, so müßten dieselben straflos geblieben sein, da sich an ein Zurückgehen auf ältere Strafgesetze hier nicht denken läßt. Nun enthielt aber die Lex in Bezug auf Münzvergehen wahrscheinlich nicht bloß die paar auf uns gekommenen Sätze, sondern auch Strafbestimmungen über die bloße Beeinträchtigung der Münzhohheit, insbesondere über alles unbefugte Ausprägen edler Metalle im römischen Münzfuße, wenn gleich dabei von den Zeichen des römischen Staats, der »*forma publica populi Romani*« (I. Rubria col. II. 3. 2) geoffentlich abgewichen war ¹⁾. Gegenüber solchen Handlungen wäre rückwirkende Kraft des Strafgesetzes auf keine Weise zu rechtfertigen gewesen, und so mag sie denn bei ihnen und ähnlichen, nicht aber bei wirklichen Fälschungen, ausgeschlossen gewesen sein. Hierauf weist auch die (freilich verstümmelte) Bemerkung des Pseudo-Ascon. S. 189 zu unserer Stelle: »ut Cornelia testa-

1) Gewichtige Veranlassungen zu einem solchen Verbot lagen im damaligen Münzwesen. Die Ertheilung des römischen Bürgerrechtes hatte 664, 665 und 667 (s. Licinianus S. 15 mit der Berichtigung von Perb S. 38. Anm. n; Liv. epit. 80) allen italischen Gemeinden ihre staatliche Selbstständigkeit, die Voraussetzung des Münzrechtes, entzogen (Th. Mommsen, über d. röm. Münzwesen, Abh. der k. s. Ges. der Wissensch. Bb. II, 1850. S. 223—252). Es liegt deshalb sehr nahe, daß die lex Cornelia, welche nur einige Jahre später erschien, dieses Recht selbst noch besonders und unter Strafbrohung aufhob. Besonderen Grund hiezu mochte Sulla u. A. auch darin finden, daß die aufständischen Bundesgenossen in den Jahren 664 ff. Silbermünzen mit eigenem Gepräge, aber nach römischen Mustern und im römischen Fuße geschlagen hatten (Mérimée, guerre sociale in seinen études sur l'histoire Romaine, Paris 1845, Bb. I.; Mommsen, Münzw. S. 285, 427). Ueberdies mag während der kaum erst beseitigten Münzverwirrung, welche als wahre öffentliche Noth empfunden wurde (Cic. de off. III, 20; Plin. hist. nat. XXXIII, 46 [9], XXXIV, 12 [6]; Böckh, metrol. Unterf. S. 472, 473) bei den Römern selbst Bedürfnis und Gewinnsucht vielfach die unbefugte Anfertigung von Werthezeichen veranlaßt haben, auch ohne daß dabei die forma publica p. R. mißbraucht wurde.

»mentaria, quae moneta, ne quis privatim pecuniam faceret« — worin man nicht ohne Weiteres mit Drumann, Gesch. Roms Bb. II. S. 487. Anm. 4 eine bloße Ungenauigkeit suchen darf.

So aufgefaßt, dient auch dieser Theil der ciceronischen Stelle nicht zur Abschwächung, sondern eher zu mittelbarer Bestätigung unserer Regel.

Die processualischen Vorschriften der *leges judiciorum publicorum* galten jedenfalls für die Verhandlung aller Anklagen, welche von Erlassung des betreffenden Gesetzes an erhoben wurden — mochten die Verbrechen selbst vor oder nach diesem Zeitpunkte verübt sein. Dieß versteht sich von selbst und wird durch die Bruchstücke der I. Servilia repetundarum und der bantianischen Tafel noch ausdrücklich bestätigt.

Auf die schon anhängigen Prozesse war die Anwendbarkeit der reinen Processvorschriften bald ausgedehnt, bald nicht: ersteres z. B. in den *leges Pompeiae*, letzteres in der *lex Vatinia de alternis consiliis rejiciendis* (Cic. in Vatinium cap. 11). Eine offenbare Begriffsverwechslung ist es, wenn Rein S. 228 aus dieser Stelle schließen will, daß „die Gesetze“, d. h. nach dem Zusammenhange die über materielles Strafrecht, meistens keine zurückwirkende Kraft gehabt haben; denn hierunter versteht man ja ihre Anwendbarkeit auf die früher verübten Verbrechen, und diese war bei der *lex Vatinia* — überdies einem reinen Processgesetze — im Uebrigen keineswegs ausgeschlossen.

Bloß auf die Zukunft konnten sich natürlich die Strafbrohungen gegen diejenigen Vergehen beziehen, deren sich die Magistratus und Richter in Bezug auf die durch die Lex ihnen

erst zugewiesene Thätigkeit schuldig machen würden (s. das röm. Ges. auf der bantnischen Tafel). Allgemeine Strafgesetze über Richterverantwortlichkeit dagegen, z. B. über passive Bestechung, galten, wie die lex Sempronia und Cornelia zeigen (s. ob. S. 10, 14 ff.), gemäß der sonstigen Regel des Strafrechtes auch für die bereits verübten Vergehen. — In Verbindung hiemit steht eine Behauptung Cicero's, welche schon durch die bloße Möglichkeit ihrer Aufstellung dem Bisherigen zur Bestätigung dient: pro Cluentio c. 55. Er macht hier nachdrücklich geltend, daß Sulla „nicht gewagt habe“, den Bestimmungen der lex Cornelia über Dienstvergehen der Richter Anwendbarkeit auf den Ritterstand zu geben ¹⁾. Soll nun die ohnehin rabulistische Ausführung irgend Sinn haben, so setzt sie voraus, daß man die Zulässigkeit der Rückwirkung nicht bezweifelte; denn da Sulla bekanntlich das Richteramt auf die Senatoren beschränkt hatte, mußten ja Cicero's Zuhörer sofort denken, daß von einer Verantwortlichkeit der Ritter aus jenemunkte nur bezüglich der Vergangenheit überhaupt hätte die Rede ein können.

§. 13.

Ueber die abweichenden Ansichten Neuerer

ist schon im Bisherigen, je in dem geeigneten Zusammenhange, das Erforderliche gesagt worden. Völlig entgegengesetzt ist meiner Auffassung des republikanischen Rechtes die bei Rein, Criminalrecht der Römer S. 228. S. hiegegen ob. S. 6, 3. Anm. 2 a. G., S. 18 ff., 39. Rein geht über die Ansicht Baum's, statt dessen er S. 228 Anm. irrig Noßhirt nennt, noch hinaus, indem er sogar meint, die Gesetze mit »fecit,

1) Vgl. auch pro Rabirio postumo c. 7 (über die l. Livia).

fecerit« haben keine rückwirkende Kraft gehabt. Das Perfectum fecit, „wer gethan hat“, soll sich nach ihm „nicht auf die Zeit „vor dem Erscheinen der lex beziehen, sondern in Beziehung „auf die nachfolgende Straffunction stehen, daß den die Strafe „treffe, wer das Genannte begangen habe, z. B. in den aus „dem Edict des Verres angegebenen Worten.“ Allein eben dieses Edict, welches übrigens keine Straffunction enthielt, bezog sich ja rückwärts auf ein volles Jahrhundert vor seinem Erscheinen! (s. ob. S. 3), und jedenfalls fordert der genaue Sprachgebrauch, den die römischen Gesetze gerade in der Wahl der Tempora pünktlich beobachten ¹⁾, daß das Perfectum von der Zeit verstanden wird, welche im Augenblicke der Rede oder des Lesens, also bei Gesetzen in dem der Verkündung, schon vergangen war. — Daß aber auch das Fut. exactum allein die Zeit vor der Verkündung des Gesetzes mit umfassen kann (was Rein gleichfalls bestreitet), steht nach dem Obigen S. 7—9 unzweifelhaft fest.

Dem dort angef. Satze des P. Nigidius Figulus spricht Zachariä S. 74 die Bedeutung für unsere Lehre beßhalb ab, weil die lex Atinia nur eine privatrechtliche Folge des Furtum bestimmt habe. Allein hiedurch wird die grammaticalische Wichtigkeit jener Aeußerung nicht im Geringsten beeinträchtigt. Wenn sodann der lex Atinia wirklich von Manchen rückwirkende Kraft beigelegt wurde ²⁾, so ergibt sich hieraus jedenfalls ein Schluß a minori ad majus auf die Strafgesetze, da sonst im Privatrechte Rückwirkung ausgeschlossen war und sie also

1) S. z. B. außer den vielen im Bisherigen gegebenen Belegen lex Rubria col. II. Zeile 14: »(sei is) — damnatus esset fuisset« (Haubold mon. S. 152); tab. Heracleensis Zeile 74 (bas. S. 116) »dixet, dixerit« und Zeile 99 (25) »natus est erit« (S. 121).

2) S. hierüber besond. Th. Mommsen, ad legem de scr. et viat. et de auctoritate comm. duae (Kiel 1849) S. 20, 21.

selbst hier bei den Folgen einer »res sua sponte nefaria ac »scelerata« ausnahmsweise Platz gegriffen hätte.

Immerhin aber bezeichnen die Ansichten über Rückwirkung der Gesetze den durchgreifenden Gegensatz im Geiste des altrömischen Privat- und Strafrechts: die strenge Positivität des ersteren und die ungebundene Bewegung der Staatsgewalt im letzteren ¹⁾. Im öffentlichen, insbesondere Straf-Rechte der Republik verhielt sich der Staat zu den Individuen in Wahrheit als Substanz zu bloßen Accidenzien.

Eben dieser Zusammenhang unserer Lehre mit den Grundlagen des römischen Staatswesens ist in den bisherigen Bearbeitungen der ersten nicht beachtet worden.

Billig fragt man noch, wie denn die gegentheilige Ansicht für das Zeitalter der quaestiones perpetuae überhaupt processualisch möglich gewesen wäre. — In jeder solchen quaestio konnte nur auf die Strafe erkannt werden, welche von dem ihre Instruction bildenden Gesetz aufgestellt war. Also hätten frühere Verbrechen der im Gesetze genannten Art entweder straflos bleiben oder vom Volke selbst oder Specialgerichten abgeurtheilt werden müssen, falls das neue Gesetz nicht etwa für solche Fälle — wie die lex Servilia rep. in einer Beziehung — besondere Vorschriften aufstellte. Von letzterem aber findet sich eben auch nur diese eine Spur, und das Eine oder Andere in irgend erheblicher Ausdehnung anzunehmen, verbieten alle im Obigen zusammengestellten geschichtlichen Nachrichten, sowie der gesammte Geist des altrömischen öffentlichen Rechts ²⁾.

1) Geib, Gesch. d. röm. Criminalprocesses S. 125—128; Jhering, Geist des röm. Rechts Bb. II. S. 24—47.

2) Auf die republikanische Gesetzesberathung vornämlich bezieht sich noch Quinctil, institut. orat. II, 4. §. 37 »in rebus (quaeritur), an lex in praeteritum referri debeat.«

§. 14.

Das Recht der römischen Kaiserzeit.

Mit der Ausbildung der Militärmonarchie änderten sich die bisherigen Voraussetzungen. Bewusste Unterscheidung des individuellen Willens und seines Rechtsgebietes von den Geboten und Ansprüchen der Staatsgewalt mußte sich ausbilden, als die letztere in einer natürlichen Person, dem Imperator verkörpert war.

Auch hier war die Entwicklung eine stetige, allmähliche, und zur Vollenbung kam die neue Staatsform erst durch Constantin. Namentlich auf die Rechtswissenschaft zog sich von Anfang an zurück, was von dem stichtigen altrömischen Geiste noch übrig war. Die Juristen mit ihrer das Recht ebenso sehr fortentwickelnden als ausübenden Thätigkeit bildeten noch drei Jahrhunderte hindurch innerhalb der Monarchie eine Gelehrtenrepublik, welche in vielen Beziehungen die innere Ordnung des Staates im Grunde beherrschte. Hierbei kann es nicht befremden, daß auch die neuen Bildungen des ächt römischen Geistes, der nun von dieser einen Klasse vorzugsweise getragen war, gleiche Wirksamkeit hatten, wie die bisherigen Rechtsquellen: daß insbesondere die Aenderungen im Strafrecht — Erweiterung der bisherigen Verbrechensbegriffe, Ausbildung der crimina extraordinaria, später die Verschärfungen des Strafsystems — keine Ankündigung durch eine vor der That äußerlich erkennbare Rechtsquelle bedurften. Ganz besonders hierher gehört die extraordinaria cognitio: die durch entschiedenes Bedürfnis geforderte Rechtsbildung, welche sich durch sie vollzog, war nur von diesem Standpunkt aus überhaupt möglich. Von selbst aber führte diese Entwicklung wieder auf bleibende Gestaltungen, namentlich auf ein festes Gewohnheitsrecht, das nun seinerseits

sich als Schranke und Anhaltspunkt für die Rechtspflege und Wissenschaft geltend machte ¹⁾. Als abgeschlossen erscheint dieser Krystallisationsproceß bei den großen Juristen, deren Werke selbst ihm die letzte Vollendung gaben: also in der ersten Hälfte des dritten Jahrhunderts nach Chr.

Dasselbe wie von den unmittelbaren Ergebnissen der Rechtswissenschaft galt ohne Zweifel von den kaiserlichen und Senatsgesetzen insofern, als diese im Wesentlichen nur Organ für die Wirksamkeit der ersteren waren — was für die drei ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit aus der Besetzung des Senates, der höchsten Staatsämter und des kaiserlichen Consilium, sowie dem großen Einflusse des letzteren sich von selbst ergab. Die Rechtsbildung durch Rescripte insbesondere — damals die wichtigste unmittelbar kaiserliche Quelle — setzte geradezu Unhängigkeit der Sache voraus, für welche jedesmal die Rechtsfrage zunächst entschieden wurde. — Mit der Entstehungsweise aller dieser Quellen hieng es auch zusammen, daß sie sich meist so nahe als möglich an den Inhalt der bisherigen angeschlossen, nachdem diese einmal durch August's *leges judiciorum publicorum* ihren äußerlichen Abschluß erhalten hatten.

Wo dagegen die kaiserliche Gesetzgebung selbstständig auftrat, da mußte sie sich an alle Folgefälle der Positivität binden und demgemäß für die Regel auf rückwirkende Kraft verzichten. Dieß that schon Augustus jedenfalls bei den beiden oben S. 12 genannten Verfügungen, obwohl er seine Gesetze noch durch Volksabstimmung annehmen ließ; denn für ihn war der entscheidende Gesichtspunkt Feststellung der Rechts-

1) Arg. D. XLVII. 18 de effractor. l. 1 a. G.; XLVII. 20 stell. l. 2. §. 2; Birnbaum im N. A. Bd. VIII. S. 678 ff. — Hieraus erklärt sich zur Genüge D. L. 16 de V. S. l. 131. §. 1; auch XI. 7 de relig. l. 14. §. 14, falls man aus letzterer Stelle überhaupt Etwas für unsere Lehre schließen darf.

ordnung für die Zukunft neben möglichster Rücksicht für Vergangenes ¹⁾. Von selbst versteht sich ferner, daß polizeiliche Strafverfügungen, wie die des Set. Libonianum, Set. Claudianum und des edictum D. Claudii ihre Wirksamkeit auf die Zukunft beschränkten. Als allgemeinen Grundsatz für Gesetze überhaupt sprechen Dieß Theodosius II. und Valentinianus III. im J. 440 aus:

»Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit« (C. J. I. 14 de legg. est. 7).

Unerheblich ist, ob unter den negotiis hier ausdrücklich auch Verbrechen verstanden sind — was von Zacharia S. 30. Ann. 48 bezweifelt wird, aber sprachlich wohl möglich war; denn forma (= *τύπος*) bedeutete damals auch „Rechtsvorschrift“ ²⁾, und den Ausdruck negotium gebraucht schon Cicero von einem Verbrechen (Philipp. II. 9. §. 21: »negotiumque transegisses«).

Den Grundsatz der est. 7 wiederholt Anastasius in C. X. 31 de decurion. est. 65, unter Anwendung auf eine staatsrechtliche Verfügung; Justinian in den Privatrechtsgesetzen C. VI. 23 de testam. est. 29, Nov. 18. c. 5 a. G. (s. auch C. IV. 20 de testibus est. 18).

Es war aber schon lange vor diesen Gesetzen herrschende Rechtsansicht, daß nur Handlungen, welche zur Zeit ihrer Verübung durch eine positive Quelle für Verbrechen erklärt waren, als solche angesehen und bestraft werden können. Bestimmte zeigt sich Dieß in einer um 387 geschriebenen Stelle

1) S. oben S. 13 Ann.

2) S. C. I. 26 de off. praef. praet. est. 2; Bethmann-Hollweg, Proc. d. finf. röm. Reichs S. 75, 76; Walter, röm. Rechtsgesch. I. §. 271. Ann. 59.

des Kirchenvaters Ambrosius: de Abraham patriarcha lib. I. c. 4, nachmals Causa 32. qu. 4. can. 3 ¹⁾).

Hiernach handelt es sich bezüglich der späteren Kaiserzeit (von Constantinus an) hauptsächlich darum, ob und in welchem Umfange von dem Vorbehalte der est. 7 »nisi — cautum sit« Gebrauch gemacht wurde.

Bei neuen härteren Strafgesetzen geschah Dieß jedenfalls nicht oder doch nur höchst ausnahmsweise. — Zwar nimmt ein Gesetz Constantins, Th. C. IX, 18 de plagiar. est. un., von seiner neuen härteren Strafe nur die schon Verurtheilten ²⁾ ausdrücklich aus: allein hiemit ist die Nichtrückwirkung doch wenigstens theilweise anerkannt, und im Uebrigen kann die Stelle für den Grundsatz schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil Constantins Strafgesetze sich vom sonstigen römischen Rechte durch Willkür und Grausamkeit wesentlich unterscheiden. Ein anderes Beispiel, daß ein neues härteres Strafgesetz irgendwie zurückgewirkt hätte, ist nicht bekannt. — Nov. 8. c. 13, Nov. 12. c. 3, vgl. mit der Präf. ³⁾, Nov. 123.

1) Divi Ambrosii opera, ed. Basil. 1555, Bb. IV. C. 176. — Nicht bestimmt kann man hierher D. de V. S. l. 131 stellen (was selbst Zacharia S. 10 Anm. zu thun scheint), da die »poena lege vel quo alio »jure imposita« in Ulpian's Sinne möglicherweise nur für den Augenblick des Urtheils, nicht für den des Verbrechens, erfordert wird.

2) So legt Gothofredus, comm. 3. Th. C. (Lugduni 1665) Bb. III. C. 156 die Stelle mit Recht aus. A. M. ist Besser S. 199. Allein es ist doch weit eher anzunehmen, daß dem richterlichen Erkenntniß, als der bloßen Thatfache des Strafantritts die entscheidende Bedeutung beigelegt wurde; und in metallum dare kommt schon bei Ulpian = damnare vor (D. XLVIII. 19. l. 8. §. 6). — Die Lesart »teneantur« statt »tenebantur«, welche Besser's Abdruck der Stelle enthält, giebt keinen Sinn und ist für den Th. C. nicht einmal äußerlich irgendwie beglaubigt. S. Gothofredus a. a. O. C. 155; Hänel, Theod. Codex ad h. l. C. 878. Anm. e; Herrmann zu C. J. IX, 20. est. 16. Anm. 25.

3) Vgl. hiezu Wächter, Abhandl. S. 172 f., vgl. mit S. 170. Justinian's Worte »impunitos sinunt«, wozu Zacharia S. 175 ein Frage-

c. ult. in f., Nov. 145 c. 1 in f., C. J. VI, 23 de testam. est. 29. a. C. ordnen für bestimmte Fälle ausdrücklich das Gegentheil an, und allgemein mußte auf dieses die obige (von Ambrosius ausgesprochene) Rechtsansicht führen.

Dagegen finden sich einige Stellen, wo neuem milderem Recht Anwendbarkeit auf frühere Verbrechen beigelegt ist: nämlich Th. C. III, 12 de incest. nupt. est. 3, Nov. 12. c. 3 pr. in den W. »et liberi — exclusit« und Nov. 129. c. 4. Die erstere hebt mit rückwirkender Kraft die Strafen auf, welche für gewisse Fälle des incestus juris civilis in est. I eod. tit. und einer verlorenen, aber von Ambrosius epist. lib. VIII. ep. 66 § 7 ¹⁾ bestimmt erwähnten Constitution Theodosius I. festgesetzt waren. Die Nov. 129. c. 4 spricht als ihr Motiv aus: »quum in futura humani sumus, »quomodo in praeterita cum rigore inquiremus?« — was auf Milderungen des Strafrechtes überhaupt gewöhnlich anwendbar sein wird.

Gar nicht zu unserer Lehre gehört D. XLVIII, 19 de poenis l. 1 pr., obwohl ihr schon von Bartolus (s. u. § 18) und neuestens wieder von Besser großes Gewicht für dieselbe beigelegt worden ist. Diese Stelle handelt, wie aus ihren

zeichen macht, erklären sich aus ihrer unverkennbaren Beziehung auf Th. C. III, 12 de incest. nupt. est. 3. Allerdings nimmt der Kaiser nach seiner Gewohnheit den Mund zu voll. Unrichtig ist Zacharia's Annahme (S. 76), daß Diejenigen, welche innerhalb zweier Jahre die blutschänderische Ehe auflösen, nicht bestraft werden sollten; die Nov. setzt für sie die Strafe auf Einziehung des vierten Theiles ihres Vermögens herab. Die nicht unbedeutende Nov. 123 c. ult. finde ich bei den Neueren nicht, dagegen bei Jacobus de Belvisio, summa authent., zu Nov. 115. c. 1 angeführt.

1) In der angef. Ausg. Bb. III. C. 173. S. ferner Gothofredus zu der angef. est. 3 (Bb. I. C. 298) und zu Th. C. III, 10 si nuptiae ex resc. pet. est. un. (Bb. I. C. 288—291); Wächter, Abhandlungen S. 171.

Worten (*«condicio ejus»*) und den folgenden zwei §§. mit Sicherheit hervorhebt, nicht von einer Aenderung des Strafgesetzes, sondern von einem Status- oder Standeswechsel des Angeklagten (vgl. auch D. II, 9 si ex noxali causa ag. l. penult. und XLVII, 10 de injur. l. 21). Von diesem Fall aber kann nicht auf den ersteren geschlossen werden; denn jener Wechsel persönlicher Verhältnisse ist nicht, wie die geänderte Ansicht des Gesetzgebers, ein Grund, die formell verwirkte Strafe ganz oder theilweise nachzulassen ¹⁾.

Nach dem Obigen finden sich allerdings im späteren römischen Rechte Spuren, „daß man wohl das mildere, nicht „aber das härtere neue Gesetz auf frühere Fälle anwandte“ — was Beker S. 198 gegen Zacharia in Bezug auf das neueste Recht bestreitet ²⁾.

In Einklang mit den ausdrücklichen Entscheidungen der angef. Gesetze steht Dasjenige, was sich für das selbstständige Verhalten des Richters in unserer Frage aus den allgemeinen Grundsätzen des justinianischen Rechtes ergibt. Wo nicht durch besondere Verfügung die beschränkere oder aus-

1) Völlig unbegründet ist Beker's Vorwurf (S. 198), daß bei Zacharia „die wichtigsten, die Regel des römischen Rechts aussprechenden „Stellen unbeachtet bleiben“, worunter Beker namentlich die obige l. 1 pr. und die est. 7 de legg. versteht. Die erstere beweist nichts, und die letztere hatte Z. selbst S. 30. Anm. 48 angeführt.

2) Ueber const. *Aedonev* §. 23, const. *Tanta* §. 23, const. *Cordi nobis* §§. 4, 5 f. Zacharia S. 74, Beker S. 198. Von den langobardischen und westgotischen Einführungsgesetzen, welche Beker S. 200 nach einer Bemerkung Merkel's anführt — edictum Rotharis c. 388 und lex Visigothorum II, 1. l. 12 (13) und l. 9 (10) — gilt gemäß dem Inhalt und Zwecke der betr. Rechtsbücher (s. Merkel in Savigny's G. d. r. R. Bb. VII. S. 44—46, Walter, deutsche R.-G. I. §. 38 u. 46) ganz Dasselbe. Dabei sind sie sichtlich Nachahmungen der römischen Kaiser Gesetze (vgl. z. B. die angef. l. 9 mit const. *Aedonev* §. 19, const. *Tanta* §. 19 und const. *Cordi nobis* l. c.), nicht etwa Zeugnisse germanischer Rechtsansicht.

gedehntere Anwendung des neuen Gesetzes vorgeschrieben ist, da hat ihm der Richter diejenige zu geben, welche dem Sinn und Geiste der gesamten neuen Anordnung selbst gemäß ist. Hieran sollte durch das *«nominativ»* der est. 7 de legg. gewiß nichts geändert werden ¹⁾. Während nun bei neuen härteren Gesetzen der Nachweis für die rückwirkende Kraft in Ermangelung ihrer ausdrücklichen Anordnung nie oder fast nie wird geliefert werden können, führen die unten (§. 22 ff.) zu erörternden allgemeineren Gründe bei fast allen Milderungen des positiven Strafrechtes im Zweifel auf die Annahme, daß ihre Anwendung auf die früheren Uebertretungen dem Sinne des neuen Gesetzes selbst entspreche.

So ist denn die h. z. L. herrschende Ansicht im neuesten römischen Rechte, wenn gleich nicht allgemein ausgesprochen, so doch wohl begründet.

§. 15.

Das kanonische Recht

wiederholt fast wörtlich die Regel der est. 7 de legg. (X. I. 2 de constitut. cap. ult.) und wendet sie sowohl in der Kirchenverfassung (das. und Clem. I. 6 de aet. et qual. cap. 2) ²⁾, als im Strafrecht an.

Ein Rescript Gregors III. von 598 (X. I. 2 de constitut. cap. 2) spricht allgemein aus, daß rechtliche Nachtheile nur wegen Desjenigen verhängt werden können, was nach der Zeit ihrer gesetzlichen Anordnung geschehen ist; und obwohl es sich

1) Dieß hat man von jeher unbedenklich angenommen: so schon Jac. de Belvisio zu Nov. 115. cap. 1, §. Secundo casu in den Worten *«Item fallit, quando constitutio nova ex verbis in ea prolatis potest simpliciter de sui natura ad pendentia vel praeterita trahi»* u. f. w.

2) S. jedoch auch X. I. 6 de elect. cap. 7. §. 2 a. G.
Seeger, Abhandlungen. II. 4

in dem dort entschiedenen Falle nicht um eigentliche Strafen handelte, schließt die Begründung diese jedenfalls mit ein. Ausdrücklich für das Strafrecht ist im Decret Gratians durch Aufnahme der oben S. 46 angeführten ambrosiischen Stelle die Rechtsansicht derselben zum Gesetz erhoben (Causa 32. qu. 4. can. 3). Nicht entgegen steht X. V. 19 de usur. cap. 5, da die Verfügung des dritten lateranischen Concils, von welcher es sich dort handelt, nur ein älteres Verbot des jus divinum einschärfte. Auch sind die dort genannten »poenae« nicht wirkliche Strafen, sondern, wie der Inhalt des cap. zeigt, nur Zwangsmittel zur Bewirkung des Erfasses.

§. 16.

Die italienische Wissenschaft.

Eine wissenschaftliche Ausführung erhielt unsere Lehre zuerst, und zwar nach ihrem ganzen Umfange, durch die Civilisten und Criminalpraktiker des mittelalterlichen Italiens. Sie bildeten auch hier allgemeine Regeln aus den Sätzen des kanonischen Rechtes, den Einzel-Entscheidungen Justinians und solchen römischen Stellen, welche nicht, oder wenigstens nicht ausdrücklich, von Strafgesetzen reden. Den Anlaß hiezu gab theils die eregtische Bearbeitung der Rechtsquellen, theils das praktische Bedürfnis, welches namentlich durch den Wechsel der Statute hervorgerufen war. Letzterer mußte um so häufiger sein, je mehr die Anordnungen von Willkür und Rücksichten des Augenblicks eingegeben waren.

§. 17.

Fortsetzung. — Die älteren Kanonisten. Jac. de Belvisio. Gandinus.

Die älteren Kanonisten, wie die Glossatoren der Decretalen, Innocentius IV. und Henr. de Segusio („Hostien-

sis“) begnügten sich im Allgemeinen mit Wiederholung der in §. 15 angeführten gesetzlichen Regeln, wollten jedoch rückwirkende Kraft eines Gesetzes ausnahmsweise auch dann angenommen wissen, wenn es einen Satz des jus naturale oder divinum functionire 1). Wäre Dieß im Sinn einer allgemeinen Regel aufgestellt worden, so hätte es im Strafrechte folgerichtig auf die ältere römische Ansicht (oben §. 2 ff.) führen müssen. Allein hieran dachte man nicht: die ganze Behauptung ist nur eine gelegentliche, zur Erklärung des cap. 5 de usuris.

Ganz auf dem Standpunkte dieser Kanonisten befindet sich, was das Strafrecht betrifft, Jac. de Belvisio in seiner durch Bergmann wieder berühmten gewordenen Ausführung zu Nov. 115. cap. 1 2).

Auch der criminalistische Praktiker Gandinus wiederholt die Regel der est. 7 de legg. und des cap. ult. X. de constitut., giebt ihr aber zugleich für das Strafrecht die bestimmte Anwendung: jedes Vergehen solle nach dem Rechte bestraft werden, welches zur Zeit seiner Verübung bestand. Er entscheidet sofort in diesem Sinne die mehrfach vorgekommene Frage nach der Strafe einer Verwundung, welche zur Zeit der That mit einer Geldbuße, z. B. von 100 Pfund, zur Zeit des Erkenntnisses aber durch ein späteres Statut mit höherer oder geringerer Strafe bedroht war, und bezeugt, daß die Praxis seiner Zeit, namentlich die von Bologna, mit seiner Ansicht übereinstimme 3).

1) S. Gl. zu X. I. 2 de constitut. cap. ult., zu dem B. »futura«, und zu Clem. I. 6 de aet. et qual. cap. 2 (von Jo. Andrea), S. de Segusio, summa decretal. (Lugd., 1537), zu Tit. X. de constitut., Nr. 21 in den B. »In futuris etiam arctat« u. s. w., Innocent. IV. zu cap. 2 und cap. ult. dess. Titels.

2) Bergm. hat S. XXI und 78. Anm. 73 diese Stelle allein aus der ganzen Literatur des Mittelalters herausgegriffen. Vgl. Savigny, S. d. r. R. im Mittelalter Bd. VI. S. 57, Hugo, Lehrb. d. Gesch. d. r. R. seit Justinian (ster Verf., 1830) S. 153.

3) Gandinus, tract. de malef., Tit. de penis reorum Nr. 17.

Fortsetzung. — Richardus Malumbranus, Albericus und Cynus.

Anderer gelangten, gleichfalls von der Betrachtung wirklicher Rechtsfälle ausgehend, zur Anwendbarkeit des milderen neuen Strafgesetzes auf frühere Uebertretungen.

Eine Hauptstelle nimmt hiebei in allen Erörterungen der Civilisten ein Fall aus Padua und dessen Begutachtung durch Richardus Malumbranus ein ¹⁾. — Jene Gemeinde hatte während eines Zwistes mit Venedig über das Salzwesen den Privatverkauf des Salzes bei Strafe von 100 Pfund verboten, durch ein späteres Statut aber dieselbe auf 25 Pfund herabgesetzt ²⁾. Es entstand nun die Frage, ob eine Uebertretung, welche noch unter der Herrschaft des ersten Statutes begangen war, nur mit der gelinderen Strafe des zweiten zu ahnden sei. Malumbranus bejahte Dieß in seinem Gutachten. Denn es sei — sagt er — zweierlei in's Auge zu fassen: einerseits die verpflichtende Thatsache, das Vergehen, andererseits die Tilgung der Schuld, die Strafe (ebenso wie im Privatrecht Obligation

1) Der zuverlässigste und ausführlichste Bericht hierüber findet sich bei dem Schüler des Malumbranus, Albericus de Rosciate, *comm. super Cod.*, zu *est. 7 de legg.*, Nr. 8 und 9. Das Gutachten mag der Bemerkung Savigny's, *G. d. r. R.* Bd. VI. S. 53. Anm. t als weiterer Beleg beigelegt werden.

2) Die Späteren von Bartolus an haben, um die Sache pikanter zu machen, dem ersten Statute gar Todesstrafe zugeschrieben. Die Veranlassung desselben war ohne Zweifel die Fehde, welche von den beiden Republiken im J. 1304 über die Anlegung von Salzgruben geführt, in demselben Jahr aber noch verglichen worden war. S. Muratori, *annali d'Italia* t. VIII. (Milano 1744) S. 19, z. J. 1304 a. G., Lebrecht, *Staatsgesch. der Rep. Venedig* Bd. I. (1769) S. 669 f., auch Denf. in der Halle'schen *allg. Weltgeschichte*, Th. 43 (1781). S. 3099 a. G. Die Juristen sprechen nur von »*effervor ortae discordiae occasione salis*«, ohne diesen Anlaß näher zu bezeichnen.

und Zahlung). Ersteres gehöre der Vergangenheit, letztere der Zukunft an. Wenn daher durch ein Statut der Privatverkauf jener Waare überhaupt oder in gewisser Weise gestattet würde, so erstreckte sich Dieß nicht auf die Vergangenheit, weil es die verpflichtende Thatsache betreffe. Anders ein Statut, welches die Strafe herabsetze, weil sich dieses auf den zukünftigen Akt beziehe. — Hierin liegt der an sich richtige Gedanke: obwohl durch das neue Gesetz die früher verbotene Handlung nicht rückwärts eine erlaubte wird, genügen doch die neuen milderen Bestimmungen über die Strafe auf dem Standpunkte der Gegenwart zur Tilgung der Schuld ¹⁾.

Folgerichtig führt Dieß darauf, den neuen milderen Strafgesetzen überhaupt im Zweifel rückwirkende Kraft beizulegen. Allein Malumbranus verwarf seine Ausführung durch die Hereinziehung des Privatrechtes und von C. IV. 20 de test. est. 18, Nov. 111. c. 1 a. G. als Belegstellen. Deßhalb verwarf Bartolus unter Berufung auf X. III. 39 de cens. cap. 20 und D. XXIII. 3 de J. D. l. 54 (welche freilich auch Nichts beweist), die ganze Ansicht, ohne ihren tieferen Sinn zu bemerken ²⁾, und von da an verlor sie zunächst ihre Geltung in der Wissenschaft, bis sie durch Bartholomäus de Saliceto neue und richtigere Begründung erhielt (f. u. §. 20).

1) Dieß wird freilich gegenüber solchen früheren Vergehen, deren Strafbarkeit wegen besonderer Zeitumstände eine erhöhte war, meist nicht zutreffen — f. u. §. 24 —, und die Nichtigkeit der obigen Entscheidung läßt sich daher eben für den speciellen Fall, dem sie galt, bezweifeln.

2) Bartolus zu D. de J. et J. l. 9, Nr. 48. — Beigetreten war der Ansicht des Malumbranus namentlich Albericus de Rosciate, zu *est. 7. C. de legg.*, Nr. 8 und 9. — Auch Cynus zu dieser Stelle (in seiner 1313 vollendeten *Lectura* über den *Coder*) giebt dieselbe Begründung, übrigens nur in Anwendung auf das Privatrecht und ohne Nennung jenes Rechtsfalls und Gutachtens, während vermuthlich beide nach der vorigen Anmerk. älter sind, als die Herausgabe der *Lectura*.

Fortsetzung. — Bartolus.

Bartolus schlug denselben Weg ein, welchen in unsern Tagen Beker wieder betreten hat. Die l. 1 de poenis wird unbedenklich auf unsere Lehre herüberbezogen, und nur darin unterscheidet sich der alte Meister von der neuesten Bearbeitung, daß er nicht schlechthin diese eine Stelle, sondern die Lösung ihres scheinbaren Widerstreites mit l. penult. si ex noxali causa ag. (II. 9) entscheiden lassen will. Sein Ergebnis ist dieses: stand auf dem Verbrechen zur Zeit seiner Verübung die ordentliche, seiner allgemeinen Beschaffenheit angemessene Strafe, so ist diese unbedingt anzuwenden, sollte das Gesetz auch in der Zwischenzeit verändert worden sein; war aber damals aus besonderen Gründen eine andere, größere oder geringere Strafe gedroht, so entscheidet das Gesetz, welches zur Zeit des Erkenntnisses in Wirksamkeit ist ¹⁾.

Einen Vorgang zur Einführung seiner Unterscheidung in unsere Lehre hatte er gewissermaßen an der Behauptung der Kanonisten über das jus naturale (s. ob. §. 17), sowie an dem Satze des Jacobus de Belvisio (zu Nov. 115. cap. 1. §. Secundo casu): „Gesetze, welche Abweichungen vom jus commune abschaffen, haben hierin rückwirkende Kraft, da ihnen gegenüber jene Abweichungen gar nicht wahrhaft rechtsbeständig seien.“ Zu den letzteren konnte man Statute zählen, welche bloß durch

1) Bartolus comm. zu D. de J. et J. l. 9. Nr. 49—51. — Seine Auslegung der angef. Pandektenstellen s. an den auf sie bezüglichen Orten des Commentars. Frühere Vereinigungsversuche fanden sich in den Glossen zu denselben, sowie (nach Bartolus' Citaten) in dem muthmaßlich verlorenen Pandekten-Commentar des Dynus und dem ungedruckten des Guil. de Cuneo, je zu der angef. lex penult. (vgl. Savigny, G. d. r. R. Bd. V. S. 452 f., Bd. VI. S. 35).

ganz vorübergehende Zeitumstände bedingt waren, wie das obige von Padua.

Daneben bemerkt Bartolus, anders verhalte es sich bei solchen Statuten, welche eine bereits auferlegte, d. h. rechtskräftig zuerkannte Strafe mildern; diese sollen auf die früher verübten Verbrechen unbedingt Anwendung leiden. Daß Bartolus hiemit eben nur diesen Fall, nicht etwa Milderung der gesetzlichen Strafandrohungen im Auge hat, ergibt sich schon aus dem Bisherigen und dem beigelegten Beispiele: ein Gesetz, welches Lösbarkeit des Bannes durch Entrichtung einer Geldsumme verfüge, sei auf Diejenigen anzuwenden, welche zuvor mit demselben belegt waren. Eben diese Frage nämlich war schon früher eifrig verhandelt und von des Bartolus Vorgängern bejaht worden ¹⁾, so daß gemäß der damaligen Bearbeitungsweise der Wissenschaft seine Regel als Generalisirung jener Entscheidung betrachtet werden kann.

Bartolus hat also keineswegs allgemein oder auch nur für die Regel dem neuen milderen Strafgesetze rückwirkende Kraft beigelegt, übrigens zur Ausbildung dieser Ansicht Anknüpfungspunkte gegeben.

Fortsetzung. — Baldus und Raynerius de Forlivio. — Bartholomäus de Saliceto. — Angelus Arretinus und Aug. Ariminensis.

Baldus und Raynerius de Forlivio kehrten zur Ansicht des Gandinus zurück. Ersterer legt hierbei das entschei-

1) C. 3. B. Jac. de Belvisio, Cynus und Albericus, je a. a. D. Vgl. Bartolus zu D. l. 3 de legg. l. 21. Beide letzteren wollen ein solches Statut gerade nur auf frühere Verbrechen angewandt wissen. — Auch im umgekehrten Falle, daß das neue Statut (wie in Padua geschehen war) die Loskaufsumme erhöhte, wandte man dieses an, wogegen nur Anfangs Einige waren; s. Albericus a. a. D., Nr. 7, 8.

denbe Gewicht auf die Positivität des Strafrechtes: er bemerkt — wohl im Hinblick auf die Unterscheidungen der älteren Kanonisten und des Bartolus —, daß die Strafen (überhaupt) nicht naturrechtlich, sondern positiv, nach Form und Ursprung durch Zeit und Ort bestimmt seien ¹⁾. Raynerius will in diesem Sinne namentlich den Rechtsfall des *Malumbranus* gelöst wissen — vornämlich deshalb, weil durch das frühere Verbrechen das alte, nicht das neue Gesetz verletzt sei ²⁾. Ebenso schloß er in einer mündlichen Erörterung, welche von Albericus mit sichtlich^{er} Treue wiedergegeben wird, die Rückanwendung eines neuen härteren Strafgesetzes aus — nämlich eines solchen, welches für Tödtung an die Stelle der zuvor üblichen (germanischen) Vermögensbuße Todesstrafe setzte ³⁾. Nebenbei weist er hier auf die Analogie der l. 1 de poenis hin, bemerkt aber zugleich, daß und warum diese sich nicht unmittelbar hierher beziehe. Als gar nicht hierher gehörig beseitigt er die l. penult. si ex noxali c. ag. ⁴⁾.

Bartholomäus de Saliceto dagegen sprach unter Berufung auf Nov. 134. c. 10 und 13 und im Anschluß an *Malumbranus*, dessen Fehler in der Begründung er vermied, den allgemeinen Satz aus, daß ein neues Gesetz, welches die

1) Balbus, super decretal. (Lugd. 1537) zu cap. ult. X. de constitut., Nr. 7.

2) Raynerius de Forlivio, repetitio legis *Omnes populi D. de J. et J.*, Nr. 63 geg. d. Ende — in den »repetitiones excell. doctorum quae in l. partem Dig. vet. reperiri possunt (Venetiis 1526)«, Bl. 8.

3) Albericus zu est. 7 de legg. Nr. 9. §. Tertia quaestio. Unklar berichtet Augustinus Ariminensis an der unten anzuf. Stelle. — Balbus a. a. O. setzt den umgekehrten Fall, daß das neue Statut die Todesstrafe abschafft und Vermögensbuße einführt, und will auch hier das alte angewandt wissen.

4) Raynerius in der angef. Repetitio; ebenso Albericus a. a. O. Nr. 9.

Strafe mindere oder verwanble, sich auf die früheren, noch nicht bestraften Uebertretungen erstrecke ¹⁾.

Vorherrschend aber wurde im 15ten Jahrhundert die Ansicht des Bartolus; namentlich die bedeutenden Criminalisten Angelus Arretinus und Augustinus Ariminensis trafen ihr bei ²⁾.

Erwähnung verdient noch, daß eine in unseren Tagen viel besprochene Anwendung des Grundsatzes, die auf Verjährung, schon von Paulus de Castro, consil. vol. I. nr. 17 aus Anlaß eines praktischen Falles erörtert wurde. Er deutet bestimmt an, daß, wo die Verjährung ihre allgemeine Bedeutung habe, die Strafbarkeit zu tilgen, die durch ein neues Gesetz verfügte Verlängerung der Verjährungsfrist auf frühere Verbrechen nicht anzuwenden sei. Doch hat er, wie es scheint, hier nur den heutzutage unbestrittenen Fall im Auge, daß die Verjährungsfrist des alten Gesetzes unter dessen Herrschaft schon abgelaufen war.

Einstimmig waren Alle darin, daß solche Gesetze, welche Strafbarkeit überhaupt für gewisse Handlungen erst

1) Comm. sup. Codice, zu est. 7 de legg., Nr. 2 und 3. — Petr. de Anchirano zu cap. 2 X. de constitut. folgt Cynus, während er zu cap. ult. eod. Bartolus anführt.

2) S. z. B. die Repetitio des Joh. Baptista de Caccialupis (de S. Severino) zu l. Omnes populi, Nr. 84 (in der angef. Repetitionensammlung Bl. 23), und des Grotius zu ders. Stelle, Nr. 81 (daf. Bl. 39), ferner die Kanonisten zu cap. ult. X. de constitut.: Nic. Tubiscus („Panormitanus“ od. „Abbas“) Nr. 12, Anton. de Butrio Nr. 1, 19, Joa. de Smola Nr. 14; Angelus Arretinus und August. Ariminensis tract. de malef. Rubr. Dictum Sempronium, Nr. 5—7. — Bened. de Plumbino bemühte, wie es scheint, die Ausführung des Bartolus über unsere Lehre wieder rückwärts für die Streitfrage über den unmittelbaren Inhalt der l. 1 D. de poenis und l. penult. si ex nox. c. ag., und zwar gegen des Bartolus Auslegung der ersten Stelle (lectura super libertatibus, zu D. XL. 7 de statulib. l. 29 pr.).

ein führen, auf frühere nicht angewandt werden dürfen. Folgerichtig mußte Dieß dahin leiten, jedem neuen härteren Strafgesetze die rückwirkende Kraft zu versagen — eine Konsequenz, welche bei Bartolus, übrigens wohl nur seinen Worten nach, nicht als ausnahmslos gezogen erscheint. Die Ausnahme der älteren Kanonisten für das *jus naturale* verschwindet von da an, wo die Bearbeiter des römischen Rechtes sich unserer Lehre bemächtigt hatten. Gründlich beseitigt wurde sie durch Balbus an der oben angeführten Stelle. Der Kanonist Andreas Barbatius kommt zwar aus Veranlassung des cap. 5 de usur. noch einmal auf sie zurück, ohne sie geradhin zu verwerfen; doch erklärt er selbst die Stelle anders, nämlich so: Kirchenstrafen, welche Aufhebung von Sünden (oder vielmehr ihrer noch fortbauernenden Folgen) bezwecken, sollen rückwirkende Kraft haben, da sie zur Befreiung von den ewigen Strafen dienen ¹⁾.

S. 21.

Entwicklung der Lehre in der neueren Zeit bis zum Ende des achtzehnten Jahrhunderts.

Der Umschwung der Rechtswissenschaft im sechzehnten Jahrhundert äußert sich in unserer Lehre auf höchst bezeichnende Weise. Wie die neue Entwicklungsstufe überhaupt vom wiederbelebten Geiste des klassischen Alterthums getragen war, so griff an ihrer Schwelle Connanus auch hier auf Cicero und die altrömische Ansicht zurück, legte derselben aber irrig Geltung

1) *Commentar. in decretalia* (Venetiis 1508), zu X. de constitut. cap. ult., Nr. 30 f. Er meint hiemit solche Kirchengesetze, welche den Sünder durch Androhung der Buße bewegen wollen, die Verfehlung soweit möglich wieder gut zu machen, jedenfalls das sündhaft Gewonnene zurückzuerstatten. Hierin liegt im Grunde der Gedanke, daß die Bußandrohung hier nicht eigentliche Strafe, sondern Zwangsmittel in anderem Sinne sei.

im justinianischen Recht und Anwendbarkeit auf die neue Gesetzgebung bei. Ausdrücklich wollte er z. B. ein französisches Gesetz, welches die Strafe des Ehebruchs für gewisse Fälle verschärft hatte, auch auf frühere Uebertretungen angewandt wissen (*commentarii juris civilis*, lib. I. c. 9. §§. 9—10).

Dieselbe Auffassung findet sich bei Perez, *praelectiones* in XII libros Cod., zu est. 7 de legg., Nr. 7.

Nachhaltig aber vermochte sie sich nicht zu behaupten. Die größten der eleganten Juristen, Cujacius und Donellus, traten ihr jedenfalls nicht bei, wie sich schon aus ihrem Schweigen an den einschlägigen Stellen entnehmen läßt ¹⁾.

Dagegen gelangten die heutzutage herrschenden Regeln jedenfalls vom 17ten Jahrhundert an in Wissenschaft und Rechtsübung entschieden zur Geltung. Den Anstoß hiezu hatte schon früher Marianus Socinus d. J., gleichfalls ein Anhänger der gelehrten Richtung, gegeben, indem er die Ansicht des Alumbrianus und B. de Saliceto mit der Begründung des Letzteren (s. ob. §§. 18, 20) wieder zu Ehren brachte ²⁾. Hierin trat ihm neben Dominicus Tuschus (um 1605) namentlich Prosper Farinacius bei ³⁾, dessen compilatorische Werke bekanntlich großen Einfluß, auch in Deutschland erhielten. Letzterer sagt wörtlich:

„Lex, constitutio seu statutum novum, quando
»minuit poenam statuti antiqui, tunc cum in im-
»ponendis poenis inspicitur tempus sententiae: Ideo talis

1) Cujacius, *expositio Novellarum* zu Nov. 12, 19, 66, 115 (ed. Neapol., 1758, t. II. p. 1050, 1068, 1110, 1139); Donellus, *commentarii jur. civ.* I. 5.

2) Marianus Socinus jun., *consilia*, vol. I. (Venet. 1580) cons. 21. Nr. 13.

3) Dominicus Tuschus Cardinalis, *conclusiones juris* (Frankfurter Ausg. v. 1623) Bb. V. conclus. 264. Nr. 35; Prosper Farinacius, *fragmenta crim.* (Wlm 1646) s. v. Lex, Nr. 39.

»poena novae legis, constitutionis seu statuti, imponetur
»etiam pro delictis praeteritis non punitis. Exemplum in
»statuto antiquo« u. f. w. (folgt der unvermeidliche Rechtsfall von Padua — f. ob. §. 17).

Dabei berufen sich zwar Tuschus und Farinacius auch auf Bartolus und Solche, welche ihm wörtlich nachgeschrieben hatten: J. B. de Caccialupis, Crotus und Mascardus ¹⁾. Allein Bestimmung liegt hierin nur insofern, als die Ansichten im Ergebniss zusammentrafen; die Unterscheidungen des Bartolus ließ man bestimmt fallen ²⁾. Daß der Grund hievon Mißverständnis seiner klaren Ausführung gewesen wäre, läßt sich nicht annehmen: um so näher aber liegt die Vermuthung, daß sein Name zur äußeren Verbrämung der Ansicht dienen sollte, für welche innere, zumal in der Praxis sich aufdrängende Gründe entschieden hatten.

Diese Theorie, welche überdies die justinianischen Quellen für sich hatte, erhielt nun ohne Zweifel namentlich durch das Werk des Farinacius auch in Deutschland Eingang; ausdrücklich angeführt wird Letzterer in Entscheidungsgründen der Tübinger Juristenfacultät von 1659 ³⁾, sowie in der unten zu nennenden Dissertation von Lyncker. Jedenfalls hielten die deutschen Juristen gegen Connanus an der Regel fest, daß solchen neuen Gesetzen, welche die Strafbarkeit einer That einführen oder erhöhen, keine rückwirkende Kraft zukomme. Bestimmt sprechen Dieß die theoretischen Schriftsteller aus, und die Praxis, sowie die Partikulargesetze stimmten, soviel ich finden kann, hiemit überein. Unter den ersteren sind zu nennen:

1) S. ob. S. 57. Anm. 2, Mascardus conclusiones ad generalem interpretationem statutorum (Röln. Ausg. v. 1623), Nr. 59—62.

2) Letzteres tabelte an Socinus Menochius, consil. 240. Nr. 42; seine Ausföhrung wurde aber von den Späteren nicht beachtet.

3) Consilia Tubing., vol. IV. cons. 54. Nr. 16, 17.

Schönborner, politicorum lib. III. cap. VI. nr. II., Treutler(us), sel. disputationum ad jus civ. vol. I. disput. 1 de J. et J., Nr. V. not. b. a. E., Lyncker (Mühlspfort), diss. de vi legis in praeteritum (Jena 1681, 3te Aufl. 1751), thesis 22, Engau, elem. juris crim. (Jena 1738) §. 86 a. E., Quistorp, Grundsätze des peinl. Rechts §. 5 ¹⁾. Ueberhaupt wird allenthalben die Regel der est. 7 de legg. wiederholt und unbedenklich auf die neuen Partikulargesetze, auch die öffentlich-rechtlichen, bezogen ²⁾. Wo man neue Gesetze auf frühere Verbrechen zu Ungunsten des Uebertreters anwandte, glaubte man Dieß besonders begründen zu müssen: so bei den constitutiones Saxonicae vom 21. April 1572 ³⁾ und einem württembergischen Rescript über Unzuchtverbrechen vom 13/31. Oct. 1659 ⁴⁾ mit

1) Außerdem wird noch eine Dissertation von Henne (Zindernagel) »de legibus ad praeterita trahendis« (Erford. 1737. 4.) angeführt (Bergmann S. XXI, Becker S. 208). Diese Schrift konnte ich nicht selbst nachsehen.

2) S. z. B. Verlich, decisiones, ps. II. decis. 159; Lauterbach, colleg. Pand. I. 3. nr. XVII.; consilia Tubing. vol. I. cons. 89. nr. 19 ff., vol. IV. cons. 54. nr. 15 ff., vol. VIII. nr. 147 f.; decisiones supremi trib. provocat. Hasso-Cassellani t. I. (Rassel 1768) decis. 33. nr. 1, 5, 6 (S. 102, 103), decis. 35. nr. 13, 14 (S. 111). Zwei wichtige Abweichungen im Staatsrechte waren durch Art. 5 des westfäl. Friedens und Art. 22. §. 4 der Wahlkapitulation Karls VII. von 1742 begründet. Eine Streitschrift über den Specialfall, der die letztere Bestimmung hervorgerufen hatte, erschien unter dem Titel »legis in praeteritum vim atque valorem occasione §. IV. art. XXII. capitulationis D. Caroli VII. nec non invict. imp. Franc. I. commonstrat Christianus Gottlob Reinhardtus, Halae Magdeburgicae 1748.«

3) Das Strafrecht betrifft der vierte Theil derselben, im Codex Augusteus Bd. I. (Leipzig 1724) S. 118 ff. Rückwirkende Kraft wurde ihnen durch ein kurfürstl. Rescript vom 26. Jul. 1577 beigelegt, weil durch sie nicht neues Recht eingeföhrt, sondern nur altes gegenüber den Ansehungen der Rechtsgelehrten festgesetzt sei. S. Lorenz, diss. de obligatione legis in praeteritum (Lipsiae 1770) §. XXII.

4) S. dasselbe in Riedel's wirt. Gerichtsgesetzen, Th. III. S. 13 f. Es erklärt sich selbst für eine authentische Auslegung der »Landesordnung

der Eigenthümlichkeit authentischer Auslegungen, bei einem sächsischen Mandat vom 14. Dec. 1753, „die Diebe und Räuber betreffend“ ¹⁾, überdies damit, daß die betreffende Bestimmung bloß eine processualische sei ²⁾.

Eine sächsische Constitution „von anvertrautem Gute“ vom 26. Sept. 1705 (Cod. August. I. S. 1173—1176), worin ein früheres Gesetz über gewisse Unterschlagungen und Betrügereien (Constitution vom 10. Okt. 1584, wiederholt im Edicte vom 26. Jun. 1587, Cod. August. I. S. 1047—1050) theils bestätigt, theils verschärft wurde, bestimmt, daß frühere Uebertre-

(von 1621) Bl. 271“ d. h. des das. im Anhange wiederholten Mandates vom 21. Mai 1586 §. welche auch zc. (Niede a. a. D. Bd. I. S. 449), und wurde demgemäß von der Leipziger Juristenfacultät in dem ob. S. 60. Anm. 3 angef. Erkenntniß auf eine anhängige Sache angewandt, um deren willen es ausdrücklich erlassen worden war. Jedoch deutete die Facultät bestimmt genug an, daß die wissenschaftliche Auslegung des Gesetzes auf einen anderen (milderen) Sinn desselben geführt hätte (vgl. in letzterer Beziehung Wächter, Hdb. des w. Privatr. Bd. II. S. 152. Anm. 6, Bd. I. S. 254. Anm. 13. Abf. 2, S. 823).

1) Cod. August., I. Fortf. 1ste Abth. S. 798—803.

2) Kurf. Rescr. an den Leipziger Schöppenstuhl vom 20. Aug. 1755 (bei Lorenz a. a. D. §§. XI. und XXI.): „Nachdem aber bereits anno 1723 „durch das, unterm 11. Jan. d. a. an sämtliche Dicasteria ergangene „Erläuterungs-Rescript, daß auch wider diejenigen Räuber und ihre Complices, die man nicht in Flagranti betreten, sondern erst einige Zeit danach, durch Stiefbriefe oder sonst ausgeforschet und erlanget, ob sie auch „bloß Sache gehalten, und von dem Raube nichts genossen, mit denen gesetzten Strafen, ohne alle Weikäufigkeit und Verstattung einer Defension, „verfahren werden solle“ (vgl. Mandat v. 27. Jul. 1719, Cod. August. I. S. 1901), „anbefohlen worden, mithin die vorangezogene Disposition des „Mandats vom Jahre 1753. pro lege nova nicht zu achten ist, „und wenn sie auch gleich davor anzusehen wäre, dennoch hierunter ad „casus praeteritos, um deswillen allerdings zu ziehen seyn würde, weil „solche nicht die Bestimmung einer neuen Strafe, sondern „bloß den modum procedendi, welchen zu eines Verbrechers Wissenschaft zubringen, keineswegs erforderlich ist, concerniret; So“, . . . u. s. w.

tungen (nur) nach dem bisherigen Rechte geahndet werden sollen, und begründet Dieß auffallender Weise damit, es möchte sonst die Meinung entstehen, als ob durch das neue Gesetz jene Uebertretungen „gleichsam aboliret und abgethan wären“ ¹⁾.

Der Gesetzgeber hatte also keineswegs zu fürchten, daß die Richter das härtere neue Recht unbedingt anwenden, wohl aber, daß sie jede Aenderung des Gesetzes zu milderer Behandlung früherer Verbrechen ausbeuten möchten.

Schon hieraus läßt sich auf das Verhalten bei neuen milderen Gesetzen schließen. Daß die sächsische Praxis diese im Zweifel auch den früheren Uebertretern zu Statten kommen ließ, bezeugt Lorenz a. a. D. §. XI mit der Bemerkung, das Gegentheil habe ausdrücklicher landesherrlicher Verfügung bedurft ²⁾: z. B. bei einem Strafmißderungsgrunde, den das Mandat vom 27sten Jul. 1719 für Diebstahl und Raub eingeführt hatte, besonderer Anweisung an die wittenberger Juristenfacultät vom 11. Febr. 1721 ³⁾. Im Uebrigen zeigt auch die

1) Ein späteres Mandat (vom 17ten Dec. 1767), welches die obige Constitution von 1705 und die auf dieselbe gegründete Praxis theils in materiel-rechtlicher, theils in processualischer Hinsicht verschärfte, wollte die letzteren Bestimmungen (§. 5) auf alle anhängigen Sachen, die ersteren dagegen (§§. 1—4) nur auf künftige Verbrechen angewandt wissen (§. 6). Codex Augusteus, I. Fortsetzung, erste Abtheilung (Leipzig 1772) S. 415—418. Vgl. Lorenz a. a. D. §. XXII.

2) Lorenz spricht zwar scheinbar von neuen Gesetzen über res sua sponte nefarias ac sceleratas überhaupt. Allein nach Demjenigen, was unten über seine Schrift bemerkt werden wird, trifft die Behauptung im Ergebniß eben nur den Fall des milderen neuen Strafgesetzes. Ueberdies zeigt die ob. abgedruckte Begründung der Constitution von 1705 bestimmt genug, wie die Praxis in den gegentheiligen Fällen dachte.

3) Diese Beschränkung erklärt sich aus dem polizeilichen Zwecke des ganzen Gesetzes, sowie insbesondere jenes Milderungsgrundes. S. bes. den Eingang des ersten. In Verbindung mit demselben standen sonstige Erläuterungsrescripte vom 26. Aug. und 17. Sept. 1720 (Cod. August. I. S. 1929, 1930), sowie vom 18. Jan. 1721 (das. S. 1937, 1938).

Begründung des ob. S. 62. Ann. 2 angef. Rescriptes, daß man Rückwirkung nur bei solchen neuen Strafbestimmungen verwarf, „welche zu eines Verbrechers Wissenschaft zu bringen erforderlich sei“ — mithin bei Milderungen des Strafrechtes sicherlich als zulässig betrachtete.

Bei den theoretischen Schriftstellern Deutschlands finde ich zwar vor Lorenz und Stelzer keine ausdrückliche Bemerkung über den letzteren Punkt. Allein schon die Art und Weise, wie sie dem härteren Recht, und gerade nur ihm, die rückwirkende Kraft versagen, deutet mit Bestimmtheit darauf hin, daß sie bei milderen neuen Gesetzen Nichts gegen dieselbe einzuwenden hatten. Quistorp z. B. hat erst 1794, in der fünften Auflage seiner „Grundsätze“ zu §. 5 angemerkt, „daß neue mildere Gesetze auch der Vergangenheit Vortheil zu bringen pflegen“; allein der Text hatte schon zuvor so gelautet; „neue ¹⁾ „oder geschärfte Strafen können nur auf solche Verbrechen „eine Beziehung haben, welche nach geschehener Bekanntmachung „des Gesetzes begangen wurden“ — womit für den ersteren Fall ziemlich bestimmt das Gegentheil angedeutet war. Auf das letztere weisen bei den Aelteren, Treutler, Byncker u. s. w., auch die Citate: sie führen Luschus, Farinacius ²⁾ und solche Quellenstellen an, aus denen man überhaupt den Vorzug des milderen Rechtes in weitem Umfang abzuleiten pflegte (D. de poenis l. 11 pr., l. 13, l. 42, de R. J. l. 155. §. 2. l. 90 ³⁾). Von den älteren Italienern, welche unbedingt auf das zur Zeit der That geltende Recht gesehen wissen wollten, ist nicht mehr die

1) Hierunter ist die Ersetzung der bisherigen Strafe durch eine mildere nicht verstanden, wie aus dem sonstigen Sprachgebrauche (z. B. des sächs. Rescr. v. 1705) und daraus hervorgeht, daß der Text später neben der Ann. unverändert stehen blieb.

2) Byncker a. a. D. thesis 2 und 22.

3) Schönborn und Treutler a. a. D. (f. ob. S. 61).

Nede: ebensovienig von den besonderen Voraussetzungen, an welche Bartolus die Anwendung des neuen milderen Rechtes geknüpft hatte. Letzterer wird zwar von Byncker noch angeführt; aber offenbar nur in demselben Sinne, wie von Farinacius (f. ob. S. 60). Boet ¹⁾ will, ohne vom Strafrecht ausdrücklich zu reden, solchen neuen Gesetzen, welche eine Einrede oder Befreiung einführen, rückwirkende Kraft beigelegt wissen — woraus sich die Consequenz für neue mildere Strafgesetze von selbst ergibt (vergl. ob. §. 18). Dasselbe Ergebnis entspricht der Behauptung Engau's, daß durch neue Umstände, welche in den (zur Zeit der That geltenden) Gesetzen nicht berücksichtigt waren, Strafmilderung begründet werde (elem. j. cr. §. 86); denn eben solche früher nicht vorhandenen oder doch nicht beachteten Umstände werden im Zweifel den neuen milderen Strafgesetzen zu Grunde liegen. — Lorenz, (diss. de oblig. leg. in praeter.) will zwar den Gesetzen über »res sua sponte nefarias ac seeleratas« überhaupt rückwirkende Kraft beigelegt wissen (§§. X, XI.) ²⁾, nimmt aber hievon solche Bestimmungen aus, durch welche die Strafbarkeit erhöht würde (§. XII.), so daß jene Regel nur bei milderen neuen Gesetzen praktisch werden konnte (denn von erster Einführung der Strafbarkeit konnte es sich in jenen Fällen längst nicht mehr handeln).

Endlich läßt sich auf die Ansichten des 17ten und 18ten Jahrhunderts auch daraus schließen, daß die heutige Lehre im preuß. R. u. bei den gleichzeitigen Schriftstellern sich als fertige, nicht als etwas Neues darstellt.

Jedenfalls brachte die Gesamtentwicklung des deutschen Strafrechts es mit sich, daß seit der P.G.D. je das neue

1) Commentar. ad Pand. I. 3. Nr. 17.

2) Er beruft sich auf Cicero, und zwar nicht bloß, wie Conmanus und die Neueren, auf or. in Verrem II. l. c. 42, sondern auch auf die Nachricht über die l. Corn. de sicar., pro Cluent. c. 54.

mildere Recht auf Verbrechen angewandt wurde, welche vor seiner Feststellung begangen waren.

Bekanntlich war es der *Gerichtsgebrauch*, der in engster Verbindung mit der Wissenschaft diesen ganzen Rechtstheil unter der Form der Auslegung und Analogie völlig, und zwar im Sinn der Milde ¹⁾, umgestaltet hat. Einerseits also wurde das in Wahrheit neue Recht (zwei Jahrhunderte hindurch in gutem Glauben) als bloße Anwendung des bisherigen dargestellt; andererseits konnte es je nur bei Gelegenheit der einzelnen Rechtsfälle in's Leben eingeführt werden, so daß es also gleichzeitig mit seiner Entstehung schon auf früher verübte Handlungen angewandt wurde. Die äußere Darstellung dieses Verhältnisses, welches an die Rechtsentwicklung der früheren römischen Kaiserzeit (s. ob. S. 43) erinnert, blieb dieselbe, auch nachdem man zur Einsicht gekommen war, daß auf diesem Wege das Recht nicht etwa bloß angewendet, sondern in Wahrheit umgeschaffen wurde ²⁾.

Die Strafgesetzgebung des Reiches ruhte seit 1532 fast gänzlich; die der Landesherren reformirte, wo sie je selbstständig eingriff, bis zur zweiten Hälfte des 18ten Jahrhunderts nicht eben im Sinne der Milde und wurde überdies von der Wissenschaft, ja selbst von den Spruchcollegien wenig beachtet ³⁾. Eine Ausnahme hievon machte die sächsische Praxis ⁴⁾, deren Verhalten zu unserer Frage ebendeshalb besonderen Werth hat.

1) Zwar kamen auch einzelne Verschärfungen vor (Wächter, Abhandl. a. d. Strafr. S. 31, 95, gem. Recht Deutschlands S. 125); allein in Vergleichung mit dem Gesamt-Ergebniß doch nur so wenige bleibende, daß sie hier flüchtig außer Betrachtung gelassen werden können.

2) S. in letzterer Hinsicht die bezeichnenden Aeußerungen Malblantz, Gesch. der P.O.D. S. 249. — Vergl. Wächter, gem. Recht Deutschlands S. 119 ff., bes. S. 129.

3) S. Wächter, gem. Recht Deutschl. S. 32—65, 144—160.

4) Wächter, gem. Recht Deutschl. S. 144, 150—153.

Demgemäß fühlten Doctrin und Praxis fast gar kein Bedürfniß einer Regel über die Anwendung neuer milderer Strafgesetze, und hieraus erklärt sich zur Genüge das Schweigen der älteren Schriftsteller über diesen Punkt, zumal bei der damaligen Methode, das Strafrecht nach der Ordnung der P.O.D. oder der einzelnen Verbrechensbegriffe abzuhandeln. Daß man auf die Nicht-Rückwirkung des härteren Gesetzes ausdrücklich zu sprechen kam, mag seine Veranlassung in der ob. angef. Stelle des Connanus gehabt haben, welche einen willkommenen Stoff zum Disputiren bot ¹⁾.

Dagegen konnte es nach dem Obigen nicht ausbleiben, daß die Praxis sich daran gewöhnte, das neue mildere Strafrecht auf frühere Uebertretungen anzuwenden.

Als gesetzliche Grundregel ausgesprochen wurde Dieß im preussischen allgemeinen Landrecht, Einleitung §§. 18—20 ²⁾,

1) Daß die Publicationspatente zum cod. juris Bavarici crim. von 1751, sowie zur constitutio crim. Theresiana von 1768 unserer Frage keine Beachtung widmen (Befker S. 201 f.), fällt, abgesehen vom geringen wissenschaftlichen Werthe dieser Rechtsbücher, schon deshalb nicht in's Gewicht, weil sie in der Hauptsache nur die Ergebnisse der damaligen Praxis codificirten (s. Wächter a. a. D. S. 155, 160). Joseph II. nahm von der sonst unbedingten Anwendung seines durchweg mildern den Strafgesetzbuches die bereits verhafteten Verbrecher ohne hinreichenden Grund aus.

2) S. Bielitz, Commentar zum A. L. R., S. 90—93, 119, 120, Savigny, System d. röm. Rechts Bb. VIII. S. 372 f., 399—401, Befker S. 203 f., 210 f. Die Regel des §. 18 ist in den späteren Gesetzen wiederholt, welche das preussische Recht in den 1814 und 1815 gewonnenen Landen theils neu einführten, theils wiederherstellten: Patente vom 9ten Sept. 1814. §. 16 (Gesetzesammlung S. 93) und vom 9ten Nov. 1816 f. Westpreußen und f. Posen, je §. 20 (G.-S. S. 222, 230); Cabinets-Ordre vom 22. Jul. 1816 (Kampß, Jahrb. VII. S. 262) und Patent vom 15. Nov. 1816 f. Sachsen, letzteres in §. 17 (G.-S. S. 237), Wo. f. die vormal. Enclaven vom 25ten Mai 1818. §. 3 (G.-S. S. 47), Patent f. Westfalen vom 21ten Jun. 1825. §. 23 (G.-S. S. 158).

und seitdem ist es unzählige Male in Wissenschaft, Gesezen und Rechtsübung wiederholt worden¹⁾. Schon zuvor hatte der französische code pénal vom ^{25. Sept.}_{6. Okt.} 1791 seine Anwendbarkeit in demselben Sinne geordnet (s. den »appendice« oder »art. fin.« dieses Ges.)²⁾.

Sowohl in Preußen, als in Frankreich schloß nicht das Vorliegen eines rechtskräftigen Erkenntnisses, sondern erst der gefechene Strafvollzug die Anwendung des neuen milderen

1) So schon unmittelbar um die Zeit des A. L. N.'s von Stelzer, Lehrbuch des deutschen Criminalrechts (1793) §§. 18 und 31; Quisiorp, Grundsätze (5te Aufl.) §. 5. Num. y; Klein, Grundsätze §§. 51, 54—57. Von Ersterem spricht Becker S. 212 so, wie wenn seine ganze Begründung des Satzes darin bestünde, daß derselbe „von der Menschenliebe erfunden sei“; hierbei bleibt Stelzer's §. 31 völlig unbeachtet.

Durch die bisherige Ausführung ist hinlänglich widerlegt, was Becker S. 209 behauptet: „die Publication des preußischen Landrechtes scheint als „das Moment betrachtet werden zu müssen, das Gesetzgebung und Doctrin „bestimmt habe, die zuvor ignorirte eigenthümliche Kraft des milderen Gesetzes anzuerkennen.“ Die Aufstellung dieses Satzes erklärt sich daraus, daß Becker S. 207 das Alter der heutigen communis opinio ausgesprochener Maßen nach den Citaten der heutigen Schriftsteller (namentlich Mittermaiers, Berners, Köstlins und Rapplers), nicht nach den dogmengeschichtlichen Quellen beurtheilt. Von der reichen italienischen Literatur unserer Lehre (ob. S. 50—60) findet sich bei ihm nicht eine Spur; ja, er sagt S. 207 nicht bloß, man habe in früheren Jahrhunderten, wo die Gesetzgebung in Deutschland wenig thätig war, die Frage nicht gar eifrig discutirt, sondern auch: „nichtdeutsche Romanisten haben sich **nur selten** veranlaßt gesehen, „ausführlich auf dieselbe einzugehen“ — während sie doch von den bedeutenderen Romanisten, Kanonisten und Criminalisten Italiens seit dem 13ten Jahrhundert auf's Sorgfältigste erörtert worden ist.

2) S. »Code criminel de la république française« etc. par Sagnier (sec. éd., Paris an VII.) S. 251. Beschl. des französl. Staatsrathes vom 29. Prairial VIII. (angef. b. Hélie S. 40), Ges. v. 25. Frimaire VIII. Art. 18 u. 19 (angef. bei Merlin, rép. V. S. 604). Vgl. Merlin, répert. V. S. 603, Hélie S. 40, Rauter I. S. 60. Num. 2, Morin dict. S. 285, Trébutien S. 82.

Rechtes aus¹⁾. Nun sollte zwar nach einem preußischen Rescripte v. 3. Okt. 1791 die Strafe schon dann für vollzogen gelten, wenn der Verurtheilte an den zu ihrer Verbüßung bestimmten Ort gebracht sei: allein in Folge einer Vorstellung, welche die Criminaldeputation des Kammergerichtes hiegegen erhob, ließ man seit 1796 gemäß dem richtigen Sinne des A. L. N.'s dessen mildere Bestimmungen Allen zu Statten kommen, welche ihre Strafen noch nicht völlig verbüßt hatten²⁾.

1) A. L. N., Einl. §. 18, französl. Ges. »rel. aux demandes en abolition ou commutation des peines afflictives ou infamantes, prononcées antérieurement à l'institution du jury«, v. 3/8. Sept. 1792 (in der angef. Sammlung von Sagnier S. 203—5). Anders das Gesetz vom 25. Frim. VIII. Art. 19 (Merlin a. a. O.). Trébutien S. 84 erklärt die Bestimmung des Ges. von 1792 für bloße Gnadensache. Unten wird ausführlich von dieser wichtigen Frage gehandelt werden.

2) Das Letztere hat Becker S. 203 nicht beachtet. S. aber Eisenberg u. Stengel, Beiträge III. S. 122—124, Bieliß, Commentar S. 91 f.

Dogmatischer Theil.

Erster Abschnitt.

Die Grundregel.

§. 22.

Stand der Ansichten.

In der ersten Hälfte unseres Jahrhunderts schien die Lehre, der die gegenwärtige Abhandlung gewidmet ist, in den Hauptpunkten so ziemlich abgeschlossen zu sein. Wissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsübung waren darüber einig, daß jedesmal das mildere, sei es ältere oder neuere, Recht angewendet werden müsse. Dieß ist (vorbehältlich besonderer Fälle, s. u. § 24. II.) das richtige Ergebnis. Unbefriedigend aber war die Fassung, in welcher die herrschende Lehre ausgedrückt wurde. In Wahrheit stehen der Wirkungskreis des alten und der des neuen Gesetzes gleichberechtigt neben einander ¹⁾; beide ergeben sich aus den allgemeinen Pflichten der Criminalgewalt, aus der Forderung einer gerechten und zugleich rechtmäßigen Strafe (s. u. §. 23). Diese Einheit des Grund-

1) Dieß bemerkte man in Baiern schon 1813 und 1814 gelegentlich der Schwierigkeiten, die der Art. II. des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch machte. Gönner und Schmidtlein Jahrbücher Bd. I. (1818) S. 23. S. auch Vorst a. b. die Anwendung neuer Gesetze u. s. w. S. 80.

gedankens haben im Ausdrucke nur Wenige gewahrt; die Meisten zersplittern ihn in Regel und Ausnahme: die Schriftsteller herkömmlicher Maßen in der Fassung der *est. 7 de legg. 1)*, die Gesetze meist umgekehrt mit Bevorzugung des neuesten Staatswillens (s. u. II.). Diese Ausdrucksweise führt, abgesehen von ihrer wissenschaftlichen Unzulänglichkeit, auch auf einen praktischen Mißstand. Wo es ungewiß ist, welches der beiden in Frage kommenden Gesetze das mildere sei, müßte sofort dasjenige eintreten, auf das die Regel lautet ²⁾: das Wort entschiebe so die Rechtsfrage (s. D. de R. J. l. 1).

I. Die richtige Fassung hat in diesem Punkte das bairische Rescript vom 12. Febr. 1814. Nr. I.: „Anerkannter Rechtsatz „ist es, daß bei Verschiedenheit der vorigen und der neuen „Strafgesetze eine vor dem neuen Gesetze begangene, aber nachher zur Entscheidung kommende Handlung mit jener Strafe „zu belegen sei, welche unter beiden die mildere ist ³⁾.“

1) Ebenso im Privatrechte, wo jedoch mehrere der neuesten Schriftsteller, an der Spitze Savigny, System Bd. VIII. S. 374, 518 und (in anderem Sinne) Böcking Pandekten S. 95 abweichen. Bei freier Behandlung unserer Lehre erscheint allerdings die Abhilfe mit Ausnahmen, wie Savigny bemerkt, als unzulänglich. Aber im positiven neuesten römischen Recht entscheidet die Fassung der angef. l. 7, und hieraus folgt für die oben genannten zweifelhaften Fälle wenigstens das richtige praktische Ergebnis.

Uebrigens ist der Tadel Passalle's, Theorie der erworbenen Rechte (1861) S. 12 ff. Ueber Böcking's Darstellung s. unten § 29.

2) Vergl. Wächter sächsisches Strafrecht S. 123. Nr. 10 und S. 124.

3) Ebenso Vorst und die Gönnerschmidtlein'schen Jahrbücher a. a. D.; ferner das Publicationspatent des Kardinalstaatssekretärs zu dem päpstlichen *regolamento sulle delitti e sulle pene* vom 20. Sept. 1832: „für frühere begangene Verbrechen kommt die Gesetzgebung zur Anwendung, welche die mildere Strafe verordnet“ (Higig's Annalen, N. F. Bd. III. S. 30. (1833) S. 372, wo jedoch statt „mildere“ ungenau „mildeste“ übersetzt ist).

Einige andere Gesetze vermeiden den erwähnten Fehler dadurch, daß sie überhaupt nur vom Wirkungskreise des neuen Rechtes reden. So legt das österreichische Patent vom 27. Mai 1852. Art. IX. dem Strafgesetzbuch von vorne herein (nur) insofern Anwendbarkeit auf die früher begangenen Handlungen bei, „als dieselben durch dieses Gesetz keiner strengeren „Behandlung als nach dem früher bestandenen Rechte unterliegen“. Das braunschweigische Patent vom 10. Juli 1840 §. V., die badischen Einführungs Gesetze vom 6. März 1845 §. 6 und vom 5. Febr. 1851 §. 7 (vgl. §. 8), das württembergische Polizeistrafgesetz vom 2. Okt. 1839. Art. 108. Abs. 2 begnügen sich, die Anwendung des neuen Rechtes auf die Fälle, wo es das mildere ist, auszusprechen ¹⁾.

II. Die meisten deutschen Einführungs Gesetze dagegen fassen die Herrschaft des neuen Rechtes als Regel, die Berücksichtigung älterer milderer Gesetze als Ausnahme.

1) Einige stellen diese Ausnahme nur für solche Verbrechen auf, welche früher mit gelinderen Strafen bedroht waren: so das bairische Patent vom 16. Mai 1813. Art. 2, sogar mit Einschränkung auf bestimmte mildere Straf-

1) Dagegen das württ. Einkommenssteuergesetz vom 19. Sept. 1852. Art. 16. Abs. 3. — Bekker S. 204 f. stellt das österreichische Patent mit der sächsischen Verordnung vom 13. Aug. 1855 (s. u. II. 2), das braunschw. Patent und das badische Gesetz von 1851 mit dem preussischen und älteren oldenburgischen (s. u. III.) auf eine Linie. Allein die Verschiedenheiten des Ausdrucks sind bei genauer Vergleichung unverkennbar. Insbesondere stellen nicht, wie Bekker S. 205 sagt, das badische und braunschweigische Gesetz als Regel auf, „daß das Verbrechen nach dem Gesetz unter dem „es verübt worden, beurtheilt werde“; sie sprechen sich vielmehr hierüber gar nicht aus und behandeln die Rückwirkung der neueren milderer Bestimmungen nicht als Ausnahme, sondern selbst als Regel in der Weise, daß durch ihre Fassung die andere, ergänzende stillschweigend anerkannt ist.

Vollständigkeit ist von Bekker überhaupt nicht beachtet (S. 73 f., vgl. Schletter's Jahrbücher Bb. IV. S. 233).

brahrungen ¹⁾; ferner die Publicationsverordnung des k. sächsischen Criminalgesetzbuchs vom 30. März 1838. Art. IV. — VI., erläutert durch Verordnung vom folgenden Tage ²⁾; endlich das hannöversche Einführungs patent vom 8. Aug. 1840. §. 6—8.

2) Andere aber erkennen die Fortwirkung des älteren Rechtes für alle die Fälle an, wo es dem Thäter günstiger ist als das neue. So die Einführungs Gesetze für Württemberg vom 1. März 1839. Art. 2—6 ³⁾, für Hessen-Darmstadt vom 17. Sept. 1841. Art. 3—4, 6—8, für Nassau vom 17. Mai 1849. §. 3, für Frankfurt vom 16. Sept. 1856. Art. 4, für das Königreich Sachsen vom 13. Aug. 1855 §§. 6—8 ⁴⁾, für Baiern von 1861 Art. 25.

3) Die Einführungs Gesetze zum thüringischen St.G.B. von 1850 für Weimar, Sonnershausen und Rudolstadt (je Art. 5, 6, 9), Meiningen und Reuß j. L. (Art. 4—6), Gotha (Art. 4—7) und Anhalt (Art. 3) nehmen alle Verbrechen aus, welche nach dem früheren Rechte mit gelinderer Strafe ⁵⁾ zu ahnden gewesen wären, lassen also nicht

1) Uebrigens wurden in Baiern beide Einschränkungen sofort durch „erläuternde“ Rescripte vom 26. Oct. 1813 und 12. Febr. 1814 (s. oben S. 70. Num. 1) in der Hauptsache beseitigt, da sich in der Rechtspflege die grellsten Mißverhältnisse ergeben hatten. Göttinger und Schmidt-Lein a. a. O. S. 15 ff. (nicht beachtet von Zachariä S. 82 f.).

2) Vgl. hiezu Wächter, sächs. Strafr. S. 119. Num. 5, Schwarze in den N. Jahrb. f. sächs. Strafr. von Weydort und Siebdrat Bb. I. (1841) S. 31—41.

3) Dieses findet auf die Novelle vom 13. Aug. 1849 nach Art. 48. Abs. 2 derselben analoge Anwendung.

4) Das letztere Gesetz drückt die Einschränkung, ohne in der Sache selbst abzuweichen, so aus: „dafern nicht die Anwendung des St.G.B. zu einem härteren Resultat für den Angeklagten führt, als die Anwendung derjenigen Gesetze, unter deren Herrschaft das Verbrechen begangen worden ist.“ Vgl. hiezu Wächter sächs. Strafr. S. 119—123.

5) Anhalt: „mit gelinderen Strafen.“

die gesetzlich gedrohte Strafe, sondern die Strafe in *hypothese* entscheiden (die Höhe der letzteren ist nicht blos durch die der ersteren, sondern auch durch die sonstigen Strafnormen bedingt ¹⁾).

III. Eine andere Gruppe von Gesetzen faßt die Anwendung des älteren Rechtes als Regel, die des neuen milderen als Ausnahme. So das oldenburgische Verklündigungspatent vom 10. Sept. 1814. Art. III., das sachsen=altenburgische vom 3. Mai 1841. Nr. IV—VI., das Koburgische vom 29. Nov. 1850. Art. 4—6; ferner das preussische Einführungsgezet vom 14. Apr. 1851. Art. IV—VII. ²⁾ und die oldenburgische Verordnung vom 6. Oct. 1858. §. 31 (dem preuss. Art. IV. nachgebildet ³⁾).

Die zuletzt genannte Ausdrucksweise (III.) ist die des ge-

1) Mildere Bestimmungen des älteren Rechts über Tilgung der Strafbarkeit sind hiemit allerdings nicht vorbehalten, und Dieß kommt bei der Verjährung praktisch in Betracht. Insofern stimmen die angeführten thüringischen Gesetze mit der k. sächsischen Verordnung von 1838 überein (Wächter a. a. O. S. 123); im Uebrigen aber besteht die oben berührte Abweichung.

2) Vergl. hiezu Goldammer, Materialien S. 11 ff., Oppenhoff, Strafgesetzb. (3. Aufl. 1861) S. 6—12, Besefer, Kommentar S. 67, Lemme Glossen S. 24—28, Lehrbuch des preussischen Strafr. S. 119—123.

3) Das Einführungsgezet des bairischen Strafgesetzbuchs und Polizeistrafgesetzbuchs von 1861 schließt sich, wie oben bemerkt, in Art. 25 (Entwurf Art. 6) den unter II. 2 genannten Gesetzen an, obwohl der Art. 3 des Strafgesetzbuchs selbst (Entw. v. 1855 und 1860 je Art. 2), ebenso wie der §. 2 des preussischen Strafgesetzbuchs, wörtlich dem code pénal folgt. Vgl. Höchster, St.G.B. f. Baiern, erläutert . . . (1862) Bd. I. S. 49 f., unten §. 29. Ausdrücklich angeordnet ist jedoch im Abs. 2 des Art. 25 die Anwendung des milderen Rechtes auf solche Handlungen, bei welchen zweifelhaft ist, ob sie vor dem Inkrafttreten der neuen Gesetzbücher (1. Juli 1862) begangen seien.

Ueber die Gesetze der schweizer Kantone f. Lemme schweizer. Strafrecht S. 78 f.

meinen römisch-deutschen, sowie des französischen Rechtes ¹⁾ und fast aller Schriftsteller.

S. Kleinschrod, Entwurf zu einem peinl. Gesetzbuche für Baiern §. 3; Abhandlungen a. d. peinl. Rechte Bd. III.

S. 203 f.; vgl. systemat. Entwicklung Th. II. S. 306.

Ab. Dietr. Weber, über die Rückanwendung positiver Gesetze S. 57.

Bayl, Beiträge zum Criminalrecht (Bamberg und Würzburg 1813) Th. I. Nr. VI. S. 190 ff.

Schröter, Handbuch Bd. I. §. 25.

Littmann, Handbuch Bd. I. §. 13. Ann. t.

Wächter, Lehrbuch S. 34.

Bauer, Lehrbuch S. 103.

1) Einerseits bestimmt der Art. 4 des code pénal: „keine Uebertretung, kein Vergehen, kein Verbrechen können mit Strafen belegt werden, welche nicht durch das Gesetz ausgesprochen waren, bevor jene begangen wurden.“ Andererseits sollte dieser code nach seinem Einführungsgeetze (Decret vom 23. Juli 1810. Art. 6) insoweit als er die Strafbarkeit milderte, auch auf frühere Handlungen angewendet werden.

In der Revolutionszeit war das Verbot rückwirkender Kraft allgemeine Verfassungsbestimmung gewesen. S. Erklärung der Menschenrechte in der Verf. v. 3. Sept. 1791. Nr. 8: „Niemand soll bestraft werden, als kraft eines vor Begehung des Verbrechens eingelegten, kund gemachten und rechtlich angewandten Gesetzes“; — ferner vor der (jakobinischen) Verfassung vom 24. Juni 1793, Art. 14 „das Gesetz, welches die vor seinem Dasein begangenen Vergehen strafen würde, wäre eine Tyrannei; die rückwirkende Kraft, welche einem Gesetze gegeben würde, wäre ein Verbrechen“; — endlich vor der Verfassung vom 22. Aug. 1795 Art. 14 „kein Gesetz, weder ein criminelles, noch ein bürgerliches, kann rückwirkende Kraft haben.“ (Bülich, europ. Verf. Bd. II. S. 2, 22, 31). Den Vorgang hiezu bildete die Verfassung der vereinigten Staaten von Nordamerika Art. 1. Nr. 9 Abs. 3. „keine bill of attainder“ (s. u. §. 26, ob. S. 35 f.) „und kein Gesetz ex post facto soll gegeben werden“; und später bestimmte die norwegische Verfassung §. 97 „keinem Gesetze darf rückwirkende Kraft gegeben werden“ (Rau, parlam. Taschenbuch I. S. 10). Vgl. Passalle, Theorie der erworbenen Rechte S. 3—7, 58.

Jardé, Handbuch Bd. I. §. 49.

Megg, Lehrbuch §. 60.

Heffter, Lehrbuch §. 21.

Wittermaier, zu Feuerbachs Lehrbuch § 74. Anm. II.

Rößlin, neue Revision §. 193.

Berner, Lehrbuch §. 126.

Temme, Lehrbuch des preuß. Strafrechts §. 122 und Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts §. 78 ¹⁾.

Diese Schriftsteller stützen die sofortige Anwendung des milderen Gesetzes auf allgemeine Rechtsgründe; ebenso die Franzosen, während der Art. 4 des code pénal scheinbar jede Rückwirkung ausschließt und durch keine gleich allgemein lautende Gesetzesstelle eingeschränkt wird.

Blondeau, essai sur ce qu'on appelle effet rétroactif des lois, abgedruckt u. A. in der *Thémis* ou bibliothèque du jurisconsulte t. VII. (Paris 1825) §. 323. f. Anm.

Carnot, commentaire sur le code pénal (nouv. édit. par *Draulot*) t. I. zu Art. IV. §. 36 f.

1) Rößhirt, der als Gegner angeführt zu werden pflegt, will in Wahrheit die rückwirkende Kraft des milderen Gesetzes zwar nicht schon auf die bloße Thatsache der Abänderung hin angenommen wissen, gibt sie aber für alle die Fälle zu, wo aus den Worten oder aus dem Geiste des neuen Gesetzes eine Erstreckung auf die Vergangenheit wahrzunehmen sei — „welche Erstreckung in Niemandes Rechte eingreife, besonders wenn die Einwilligung Desjenigen, welchem das Begnadigungsrecht zukomme, vorliege, was nach den meisten“ (h. z. E. allen) „Verfassungen ohnebess schon nach der Form der Gesetzgebung angenommen werden müsse.“ Zachariä, rückwirk. Kraft §. 31. Anm. 48 bemerkt hiezu, die Erstreckung auf die Vergangenheit liege im Geiste jedes neuen milderen Strafgesetzes. Dieß ist zwar (wie sich unten ergeben wird) nicht allgemein richtig, wohl aber bei Criminalverbrechen in den meisten Fällen, und insoweit stimmt also Rößhirts Ansicht im Ergebniß mit der gemeinen zusammen; gegen die letztere hat er Recht in den Fällen, von welchen unten in §. 24. Nr. II. gehandelt werden wird.

Merlin, répertoire de jurisprudence t. V. s. v. Effet rétroactif, Sect. III. §. XI. (§. 602—604), t. XII. s. v. Peine Nr. IX.

Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, théorie du code pénal t. I. chap. 2, §. 36—52 und hiezu *Nypels*, annotations sur la théorie etc., vol. I. (Düsseldorf 1847) ch. 2. §. 13.

Rauter, traité du droit criminel français (Paris 1836) livre I. ch. 1. nr. 7, 8, 10 (§. 54 f. 58—60).

Boitard, leçons sur les codes pénal et d'instruction crim., publiées par G. de Linage (7. édit., Paris 1856) zu Art. 4 des code pénal, §. 36—39.

Morin, dictionnaire du droit criminel (Paris 1842) s. v. Effet rétroactif, §. 285 f.

Trébutien, cours élémentaire de droit criminel, t. I. (Paris 1854) titre II. §. 80—89.

Dieser ergründet wurde unsere Lehre, und zwar aus dem Gesichtspunkte der absoluten Strafrechtstheorie, von Megg im N. Archiv des Criminalr. Bd. XIII. (1832) §. 467—501.

Bald folgten zwei gleichzeitige Schriften:

H. M. Zachariä, über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze (Göttingen 1834), von der bürgerlichen Gerechtigkeitstheorie ausgehend, und

J. van Poll, praes. *Cornelio Anne den Tex*, disputatio juridica de vi legis novae in criminum antea commissorum poenas, condemnationes et persecutiones, Amstelodami 1834 ¹⁾ — vom Standpunkte der Feuerbach'schen Theorie.

1) Diese sehr beachtenswerthe Dissertation ist überall genannt, scheint aber in Deutschland wenig gelesen worden zu sein. Ich werde sie künftig unter dem Namen des Präses anführen.

Eingehend erörtern unsere Lehre ferner:

Gönnert und Schmidlein, *Jahrbücher* Bd. I. S. 15—44.

Bauer, *Abhandlungen aus dem Strafrecht*. Bd. I. S. 169—176.

Berner, *Wirkungskreis des Strafgesetzes* (Berlin 1843) §§. 7—8, S. 50—75.

Röftlin, *System des deutschen Strafrechts* S. 24. S. 48, 53 f.

Wächter, *Handbuch des sächsischen Strafrechts* S. 22 S. 116—124.

Schwarze, im *N. Archiv des Criminalrechts* 1857. S. 371 ff. 1).

Diese Schriften, sowie die hierher gehörigen Abschnitte Merlin's, Hélie's, Boitard's und Trébutiens, ergänzen sich wechselseitig auch durch gründliche Untersuchung der mannigfaltigen Folgefälle, während man sich früher in der Hauptsache begnügt hatte, den einfachsten Fall, die unmittelbare Aenderung der gesetzlichen Strafe, zu erörtern. Auf jene Erweiterung des Gesichtspunktes führte zuerst das praktische Bedürfnis bei der Einführung des *code pénal* und des bairischen Strafgesetzbuchs; in der Wissenschaft gab auch hier der Vorgang Abegg's neue Anregung. Die Rechtspflege, von welcher sich im Folgenden viele Beispiele ergeben werden, stimmt mit der Wissenschaft, beziehungsweise Landesgesetzgebung überein 2).

1) Theilweise gehört hierher auch Raskalle, *Theorie der erworbenen Rechte* (Leipz. 1861), bes. S. 56, 352—360.

2) Vorläufig s. z. B. Erlasse des württ. Justizministeriums vom 14. Juni 1811 und vom 1. Febr. 1817 (also aus der Zeit des gemeinen Rechts) in Hofacker's *Jahrbüchern* Bd. I. S. 102 und 267; ferner die Entscheidungen in Hitzig's *Zeitschrift für die Criminalrechtspflege* in den

Sämmtliche bisher Angeführten sind darin einig, daß die rückwirkende Kraft der milderen Strafgesetze eine Forderung des Rechts sei. Manche fügen bei, daß dasselbe Ergebnis jedenfalls schon durch Rücksichten der Gnade begründet wäre; so z. B. Bayl a. a. O. mit nicht ganz zutreffender Berufung auf Feuerbachs S. 63. Auch Savigny, *System* Bd. VIII. S. 507, Anm. a, bemerkt, die rückwirkende Kraft des milderen Strafgesetzes werde schon gerechtfertigt durch die dem Gesetzgeber ohnehin zustehende Begnadigung — womit natürlich, Savigny's Plane gemäß (s. das. S. 377. Anm. b.) 1), über die Möglichkeit einer rechtlichen Begründung nicht abgesprochen sein soll. Gänzlich verworfen wird aber die letztere von Marezzoli, Bekker und Hälschner 2); die Wissenschaft ist in ihren zwei neuesten Vertretern wieder dahin zurückgekehrt, von wo der alte Meister Gaudinus ausgegangen war. Es fragt sich, ob mit Grund.

„Das spätere Strafgesetz“, sagt Hälschner, „wird in Bezug auf früher begangene Handlungen überhaupt niemals „existent“ (S. 41); „immer ist nur das Gesetz anzuwenden, „unter dessen Herrschaft die That begangen wurde“ (S. 39); „wenn man dem milderen Strafgesetze rückwirkende Kraft bei-

preuß. Staaten Bd. XX, S. 315—316 (nach dem preuß. R. L. R.), in Temme's *Archiv* Bd. I. Nr. 15—22, S. 46—55, Bd. II. Nr. 226, S. 5—10, Bd. IV. Nr. 842, S. 165 f., Bd. V. Nr. 997, S. 6—9, Oppenhoff's preuß. Strafgesetzbuch zu Art. IV.—VII. (3te Ausg., 1861) S. 6—12, Goldammer's *Archiv* f. preuß. Strafrecht Bd. I. S. 67 f., 74—76, 386—388, II. S. 113 f., 384—394, III. S. 256 f., IV. S. 689, V. S. 86, 839—841, 857, VI. S. 110—112, VII. S. 310—321, VIII. S. 3—40, 441—460, IX. S. 514—516.

1) Diese Stelle ist bei Raskalle's grundlosem Vorwurfe gegen Savigny S. 8 Anm. 5 übersehen.

2) Marezzoli, *Lehrb. des Strafr.* (3te Aufl., 1856) S. 75, Bekker, *Theorie des heut. deutschen Strafr.* Bd. I. S. 194—224, Hälschner, *Syst. des preuß. Strafr.* Th. I. S. 14. — Ähnlich früher Schwarze in den neuen *Jahrb. f. sächs. Strafr.* Bd. I. S. 32—34.

„legt, so handelt es sich hierbei lediglich um einen Akt der Gnade, wobei es aus Gründen der Gesetzgebungspolitik immerhin gerechtfertigt erscheinen mag, diese Begnadigung nicht in jedem einzelnen Falle, sondern als allgemeine Wirkung einer gesetzlichen Bestimmung eintreten zu lassen“ (S. 41, 42). „Der Grundsatz, daß das härtere Strafgesetz vom Augenblicke seines Existenzwerdens an nicht in der Art eine absolute Geltung beanspruche, daß auch früher begangene Handlungen danach beurtheilt werden müßten, bedarf keiner besonderen Rechtfertigung“ (S. 41 ob.).

Die letztere Behauptung ist wohl durch die Ergebnisse der obigen geschichtlichen Untersuchung (§. 2 ff.) widerlegt¹⁾. Wenn dem ersten Rechtswort aller Zeiten eben jene „absolute Geltung“ des neuen Strafgesetzes das Regelmäßige war, so muß die gegentheilige Annahme doch wohl auf einem besonderen Grunde beruhen. Dieser aber schließt in Wahrheit nur für härtere neue Bestimmungen die rückwirkende Kraft bei uns aus, und hieraus folgt, daß deren Anerkennung bei milderem Gesetzen selbstständige Rechtsregel, nicht bloße Ausnahme und noch weniger nur Gnadensache ist.

Eine unmittelbare Widerlegung der herrschenden Ansicht versucht Becker²⁾. „Wäre das Strafgesetz,“ sagt er S. 195,

1) Für unsere Zeit allerdings hat die antike Ansicht nur einen Vertreter: Trummer, kriminalistische Beiträge Bd. III. S. 206 ff. Andererseits meinte z. B. der Berichtersteller des gesetzgebenden Körpers von 1810, Dhaubersart, der Grundsatz des code pénal Art. 4 (s. ob. S. 75 Anm. 1) gehöre „allen Zeiten und allen Gesetzen“ an (code pénal suivi de l'exposé des motifs etc., Paris, Firmin Didot 1810. t. II. p. 21).

2) Ähnlich hatte schon Zacharia S. 32 behauptet, daß nach der absoluten Theorie (vergl. unten §. 27) das neue Gesetz „sich nur auf die Zukunft beziehe, die vergangene That aber durchaus nicht berühre.“ Allein Dieß ist eben die Frage. Allerdings war das (frühere) Gesetz, welches eine Strafe androhte, nicht bloß Anweisung an den Richter, sondern zugleich ein Verbot; aber daraus folgt nicht, daß Gesetze überhaupt und insbesondere das neue nur insoweit als sie Verbote sind, d. h.

„nur Anweisung an den Richter, so müßte dieser es anwenden „auf alle Fälle, welche er zu entscheiden hat, ohne Rücksicht „auf die Zeit der Verübung. Weil aber das Strafgesetz zugleich ein öffentliches Verbot ist, ändert sich Dieß. Jedes „einzelne Verbrechen erscheint uns als Handlung wider Verbot, und zwar wider ein bestimmtes Staatsverbot. Nun kann „aber eine Handlung nur ein Verbot verletzen, welches bestand, „als eben diese Handlung vorgenommen wurde; und wieder, „hat einmal eine menschliche Handlung ein gewisses Verbot „verletzt, so kann menschliche Kraft Dieß nicht ungeschehen „machen.“ Gewiß nicht; aber Dieß gehört auch nicht zur Rückwirkung eines Gesetzes¹⁾. Sie besteht nicht darin, Geschehenes ungeschehen zu machen, sondern lediglich in ändernder Einwirkung auf dessen Folgen, hier die Strafe. Das frühere Verbot ist und bleibt freilich verletzt.

nur bezüglich künftiger Verbrechen, dem Richter Anweisung geben können und wirklich geben.

1) „Es ist augenscheinlich,“ sagt Savigny schon 1849, „daß die Rückwirkung des Gesetzes nicht in einem buchstäblichen; materiellen Sinn aufzufassen ist. Dieser Sinn würde dahin gehen, daß das Geschehene „ungeschehen gemacht werden sollte. Da nun Dieses an sich „unmöglich ist, so bedarf es keiner Rechtsregel, um es zu verhindern. — Vielmehr ist also die Rückwirkung in einem juristischen oder formellen Sinn aufzufassen, wodurch sie die Bedeutung erhält, daß das rückwirkende Gesetz die Folgen der vergangenen juristischen Thatfachen unter seine Herrschaft ziehen, also auf diese Folgen einwirken würde (System Bd. VIII. S. 382).

Rassalle S. 54 f. meint sogar (ausdrücklich gegen Savigny), die Möglichkeit des Ungeschehenmachens „würde sich im rechtlichen Sinn „und bis zu einem gewissen Grade nicht läugnen lassen.“ Allein dieses „Ungeschehen:“ oder „Rückgängigmachen im rechtlichen Sinn“ ist im Grunde bloß ein schiefer Ausdruck für Das, was Savigny klar und scharf „Einwirkung auf die Folgen“ nennt.

Bei dieser Gelegenheit bemerke ich ein für allemal, daß ich den Ausdruck „rückwirkende Kraft“ in seinem von Savigny angegebenen Sinne beibehalte. Weiteres über diesen Gegenstand, namentlich über die Begriffsbestimmung Böcking's, s. unten in §. 29.

Aber Dieß heißt weiter Nichts, als: die verbotene Handlung ist geschehen. Daraus folgt nicht, daß der Gesetzgeber an die früher in Aussicht gestellte Strafe unbedingt gebunden sei, daß er sie von Rechts wegen wie ein blindes Verhängniß eintreten lassen müsse, auch wenn er von ihrer Ungerechtigkeit, vielleicht von völliger Unerheblichkeit der Verletzung überzeugt ist.

§. 23.

Die Ausgangspunkte.

Das Strafamt des Staates hat, wie seine ganze Justizgewalt, zweierlei Pflichten: Gerechtigkeit und Einhaltung des Rechtmäßigen. Gerecht ist, was den Vernunftanforderungen an das Recht entspricht, rechtmäßig, was in der positiven Ordnung begründet ist¹⁾. Beide Erfordernisse verlangen vereinte und gleiche Erfüllung. So wenig zur Verhängung einer unrechtmäßigen Strafe ihre innere Angemessenheit genügt, ebenso wenig soll der Gesetzgeber eine als ungerecht erkannte wegen bloßer formeller Rechtmäßigkeit anwenden lassen.

Das Urtheil über die Angemessenheit einer strafrechtlichen Behandlung bezieht sich theils auf die Strafwürdigkeit der verpönten That, theils auf Beschaffenheit und Wirkungen der Strafe. Auch Aenderungen der Strafgesetze beruhen bald auf neuen Ansichten über jene Strafwürdigkeit, bald auf der Erwartung, daß die rechtlichen Wirkungen der Strafe mittelst des neuen Gesetzes besser als bisher werden erreicht werden. Bei einseitiger Durchführung müßte der erste Beweggrund gewöhnlich, der zweite überall auf Rückwirkung des neuen Gesetzes führen. Allein hier greift das andere oben angezeichnete Erforderniß ein. Rechtmäßig ist die Strafe nach heutiger

1) Vergl. über den hier angenommenen Sprachgebrauch Stahl, Philosophie des Rechts Bd. II. (Abth. 1) Buch 2, Kap. 2, §. 14.

Ansicht nur, wenn sie vor der That durch eine Rechtsquelle angedroht war. Es ist ein Grundrecht des Bürgers, nach keinem härteren Gesetze beurtheilt zu werden, als nach demjenigen, unter dessen Herrschaft er gehandelt hat.

Innerhalb dieser Schranke haben jene allgemeinen Gesichtspunkte freien Spielraum. Daher insbesondere die rückwirkende Kraft des neuen milderen Gesetzes als gerechter Verzicht des Staates auf eine verwirkte, aber ungerechte Strafe.

Gerecht ist Bestrafung nur insoweit, als sie für die Gesamtheit, für das allgemeine Recht und Wohl Werth hat. Denn lediglich aus diesem Gesichtspunkt, im unmittelbaren „öffentlichen Interesse“ hat der Staat sein Strafamt. Die Gesamtheit widerspräche sich selbst, wenn sie strafen, d. h. einzig um ihres eigenen Interesses willen Leiden zufügen wollte, wo sie ein solches Interesse nach ihrer Ueberzeugung nicht hat. Hierüber entscheidet allein der Gesetzgeber nach seinem jeweiligen besten Wissen und Gewissen. Hat er sich von der Worthlosigkeit, mithin Ungerechtigkeit und Schädlichkeit einer bisherigen Strafe überzeugt, so ist er nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet, selbst für solche Fälle, wo sie nach formellem Rechte verwirkt war, ihre fernere Anwendung auszuschließen — und zwar um so gewisser, als die Strafe nicht bloß Recht¹⁾, sondern auch Pflicht des Staates ist; denn diese Pflicht geht nicht auf Strafen schlechtweg, sondern auf gerechtes Strafen.

1) Bekker bestreitet, „daß hier um ein solches Recht es sich handle.“ Der Staat habe, behauptet er, nicht sowohl das Recht als die Pflicht zu strafen. Dieser Einwand erledigt sich schon durch das oben im Texte Gesagte. Uebrigens erkennt Bekker selbst S. 86 nicht bloß eine Strafgewalt und ein Strafamt, sondern auch ein Strafrecht an, in das die Strafgewalt zum größeren Theil aufgehe; und in der That ist nicht einzusehen, warum der Begriff des subjectiven Rechtes, so wie ihn z. B. Stahl a. a. O., Kap. 6, §. 32 richtig definiert, auf jene Gewalt der Staatspersönlichkeit über die Willen der Untertanen nicht anwendbar sein soll.

So ergibt sich aus der allgemeinen Aufgabe der Rechtsverwirklichung die einheitliche Regel:

Früher geschene Thaten sollen unter das jetzige Recht gestellt werden, wenn es demjenigen, das zur Zeit der That bestand, an Strenge gleich ist; sind beide hierin verschieden, so soll das mildere angewandt werden, mag es nun das ältere oder neuere sein ¹⁾.

Diese Regel gilt zunächst nur für den Gesetzgeber. Der Richter hat gemäß seinem eingeschränkten Beruf Alles, was nach dem positiven Gesetze rechtmäßig ist, zu verfügen: mithin jede verwirkte Strafe anzuwenden, wo ihn nicht hievon ein neues Gesetz ausdrücklich oder seinem Sinn und Geiste nach entbindet. Aus dem letzteren Gesichtspunkt aber, vermöge Auslegung und Analogie, gelten auch für ihn jene freieren Erwägungen, sofern sie auf den Willen des Gesetzgebers schließen lassen. Wo unsere Lehre nicht allgemein durch Gesetz geregelt ist, stellt sie sich hiernach für den Richter so: er hat das frühere Recht anzuwenden, wo kein Grund zur Abweichung besteht; ein solcher liegt aber im Zweifel, nach der vermuteten Absicht des Gesetzgebers, schon in der größeren Milde des neuen Strafgesetzes.

So namentlich nach positivem gemeinem Rechte. Die Aussprüche der römischen Gesetze sind sogar nur auf den Richter berechnet ²⁾. Dieß genügte dem praktischen Bedürfnis, da der Gesetzgeber für sich selbst keine positive Vorschrift nöthig hat, veranlaßte aber in der Wissenschaft die Ein-

1) Vorbehaltlich der in §. 24 II., §. 28 B. anzuführenden besonderen Fälle.

2) Ebenso die meisten römischen Privatrechtsgesetze, z. B. selbst Th. C. I. 1 de constitut. est. 3, von welcher die ihr nachgebildete est. 65. C. J. de decurion. (X. 31) in diesem Punkt abweicht. Savigny Syst. VIII. §. 388.

seitigkeit, daß man die ganze Lehre nur in dieser positivrechtlichen Weise, wie sie für den Richter paßte, behandelte, die Regel von vorne herein ungenügend faßte und Manches (z. B. die unbedingte Unterwerfung unter die Rechtskraft richterlicher Urtheile) auf den Gesetzgeber unpassend übertrug. Durch diese einseitige Auffassung war sogar die herrschende Lehre im Ganzen gefährdet: denn stünde der Gesetzgeber nicht auf einem freieren Boden als dem formellrechtlichen wie der Richter, so könnte er niemals rückwirkende Kraft anordnen. Insofern waren Beggess und Hälschners Angriffe auf die gewöhnliche Darstellung nicht unverdient; aber diese Angriffe selbst waren nur die folgerichtige Entwicklung der irrigen Ansicht, daß auch der Gesetzgeber (abgesehen von Begnadigung) an das bloß formelle Recht gebunden sei.

Soll unsere Lehre volle Klarheit erhalten, so muß durchweg die Aufgabe des Gesetzgebers von der des Richters unterschieden werden ¹⁾. Die erstere ist freie, rechtsphilosophische und politische Untersuchung und bildet den eigentlichen Kern des Ganzen. Von ihr soll deshalb zunächst, in §§. 24—27 gehandelt werden. Maßgebend sind hier die allgemeinen Gründe und Zwecke der jedesmaligen Neuernng: und diese liegen, wie oben bemerkt, theils in der Ansicht über die Strafwürdigkeit, theils in der Erwartung von den rechtlichen Wirkungen der Strafe.

Was über das Verhalten des Richters zu unserer Frage bemerkt werden muß, wird unten in §. 28 seine Stelle finden.

1) Dieß hat namentlich den Text zu großem Vortheile seiner Schrift mit höchst niederländischer Correctheit gethan.

§§. 24—27.

Freie Untersuchung.

§. 24.

Einfluß der Ansicht über die Strafwürdigkeit.

Die Ansicht des Gesetzgebers über Strafwürdigkeit und ihre Größe beruht darauf, wie hoch er die Rechtswidrigkeit ¹⁾ der Handlung theils nach deren allgemeinen, sich gleich bleibenden Eigenschaften, theils nach zeitlich wechselnden Verhältnissen ansieht.

Gewinnt er in ersterer Hinsicht, also über Dasjenige, was von der Vergangenheit gleichmäßig wie von der Zukunft gilt, eine Ueberzeugung, welcher das bisherige Recht nicht entspricht, so ist es insoferne folgerichtig, das neue Gesetz auf alle Handlungen zu erstrecken, die noch irgendwie der Strafrechtspflege anheimfallen. Anders, wo die Strafwürdigkeit einer That durch besondere Zeitverhältnisse wesentlich bedingt ist, so daß mit deren Wechsel auch jene sich ändert.

I. Bei eigentlichen Criminalverbrechen trifft nach der Natur der Sache gewöhnlich der erstere Gesichtspunkt zu. Innerhalb der engen Zeitgrenzen, welche durch Verjährung und Lebensdauer der Anwendbarkeit unserer Lehre gesteckt sind, wird der etwaige Einfluß wechselnder Umstände von der sich gleich bleibenden Schwere des Verbrechens meist so überwogen, daß es im Wesentlichen eine und dieselbe Größe ist, welche, nur mit verschiedener Schätzung, bei dem älteren und dem neuen Gesetz in Betracht kommt. Der Staat giebt in solchen Fällen zu, daß das bisherige Gesetz auf einem Irrthum be-

¹⁾ Beziehungsweise Gefährlichkeit oder Unsitlichkeit. Näheres s. unten in §. 29.

ruht habe, und meistens fällt dieser ihm selbst zur Last. Allein nur um so mehr ist er verpflichtet, der gewonnenen besseren Einsicht die größtmögliche Wirksamkeit zu gewähren. Zwar wendet Becker S. 219 f. ein, es fehle an einem zuverlässigen Maassstabe für das Urtheil, ob die jetzige Ueberzeugung in Wahrheit die bessere sei. Aber den Gesetzgeber bewahrt sein praktischer Verstand vor solchem Verzweifeln an „Vernunft und Wissenschaft.“ Und mit gutem Grunde. Die Einsicht des Staates, der alles in den Einzelnen zerstreute Wissen zu seiner Verfügung hat, wächst unfehlbar mit der Bereicherung der erfahrungsmäßigen Kenntnisse, wie mit den Fortschritten in folgerichtiger Anwendung der Denkfesetze.

Auf eine Mißbilligung des bisherigen Rechtes kann man nun freilich nicht schon aus der bloßen Thatfache seiner Aufhebung schließen ¹⁾, da diese auch auf dem sofort unter II. anzugebenden Grunde beruhen kann. Jene Mißbilligung findet sich aber oft genug ausdrücklich in Motiven, Verhandlungen ²⁾, enunciativen Gesetzesworten; und noch häufiger liegt sie stillschweigend in der neuen Verfügung vermöge ihres Verhältnisses zur alten.

Welchen anderen Sinn z. B. konnte es haben, wenn die P. O. D. die grausame Strafe des Kindsmordes auf Ausnahmefälle beschränkte, wenn sie überhaupt „Mißbräuche und

¹⁾ Dies macht Becker S. 218 f. (wie schon Rosshirt) gegen die übliche Begründung der rückwirkenden Kraft mit Recht geltend; aber er geht andererseits viel zu weit mit der Behauptung: „indem der Staat das Gesetz bis zu einem bestimmten Termin fortbestehen lasse, erkläre er das Fortbestehen bis dahin für angemessen, und auch durch die Aufhebung erkläre er nicht, daß es zuvor schon unangemessen gewesen.“ Hieran ist nur das oben im Text Anerkannte richtig.

²⁾ Beispielsweise mag an die Beratungen über die jüngste preussische Criminalnovelle von 1859 (Goldammer's Arch. Bd. VII. S. 125 ff., 239 ff., 419 ff.), sowie an die oben Bd. I. S. 35 ff., 74 ff. berichteten württembergischen Verhandlungen erinnert werden.

„unvernünftige Gewohnheiten“ abschaffte — ? Kaiser und Reich hatten jene Mißbräuche u. s. w. zwar nicht eingeführt, aber doch bis 1532 bestehen lassen; wird man sagen können, hiemit sei „ihr Fortbestehen bis dahin“ für angemessen erklärt worden?

Häufig aber, zumal in unseren Tagen, kommt es vor, daß die Gesetzgeber selbst eigene Irrthümer stillschweigend oder ausdrücklich eingestehen. Wenn z. B. Baiern die Bestimmungen seines Strafgesetzbuchs über den Diebstahl schon nach drei Jahren durch viel gelindere ersetzte, wenn Preußen 1856 und 1859 die Strafen des Gesetzbuchs von 1851 für eine Reihe von Handlungen milderete, so konnte Dieß auf nichts Anderem beruhen, als auf einer berichtigten Ansicht des Gesetzgebers über die Schwere jener Verbrechen (beziehungsweise über die Wirkungen der Strafen). In der That bieten die Erfahrungen, die man bei Anwendung der Gesetze selbst macht, dem Staate hinlänglich Stoff zu solcher Selbstberichtigung. Oder ist etwa wegen geänderter Verhältnisse in Preußen seit dem 14. April 1856 der Urheber einer „erheblichen Körperverletzung“ (St. G. B. 192 a), in Württemberg seit dem 13. Aug. 1849 der rückfällige Dieb weniger schlimm, als bis dahin seit den Gesetzbüchern von 1851, beziehungsweise 1839? Könnte der Staat mit einer solchen Behauptung auch nur irgendwo Glauben finden? ¹⁾

Andererseits ist mit jenem Eingeständniß eines Irrthums das frühere Gesetz nicht nothwendig rückwärts für ungerecht erklärt. Denn bekanntlich besteht kein absoluter Maßstab, wornach diese oder jene besondere Größe sich als die allein gerechte Strafe

1) Gerade jene Aenderung der Verhältnisse will Becker S. 219 als den einzigen Gesichtspunkt gelten lassen, aus welchem „der „Erlaß neuer Gesetze überhaupt und insbesondere der neuer Strafgesetze „aufzufassen sei;“ und doch verweist er selbst S. 55 ff. unsere Gesetzgeber auf weiteres Lernen aus Experimenten.

bestimmen ließe ¹⁾. Der Staat hat vielmehr einen sehr weiten Spielraum, innerhalb dessen er Art und Maaß der Strafe nach freiem Ermessen wählt, und jede so gewählte muß als gerecht gelten, wenn und so lange der Staat von ihrer Nothwendigkeit überzeugt ist. Kommt er nun zu der Ansicht, daß eine geringere zur Ahndung gewisser Verbrechen genüge, so wäre es freilich ungerecht, von da an die härtere ferner anzuwenden zu lassen, aber darum war ihre frühere Androhung und Verhängung doch nicht ungerecht; wosfern nur jener weite Rahmen des gesetzgeberischen Ermessens nicht überschritten war. — Ein Beispiel! Der gewaltthätige Mißbrauch eines nicht unverkündeten Weibes zur Wollust war nach der neuesten gemeinrechtlichen Praxis als crimen vis publicae mit „Zucht- oder Arbeitshaus auf zwei oder mehrere Jahre“ zu ahnden ²⁾. Nach neueren Gesetzbüchern dagegen fällt er unter den Begriff der Nothzucht, also auch unter deren ordentliche Strafe, die z. B. in Württemberg von 4jährigem Arbeitshause bis zu 15jährigem Zuchthause gieng ³⁾. Wenn nun ein neues Gesetz, etwa 1862, in der begrifflichen Auffassung und Strafe zum gemeinen Rechte zurückkehrte, so könnte man deßhalb doch nicht behaupten, daß die Strafen jener Gesetzbücher ungerecht gewesen seien; auch vis publica könnte ja recht wohl ebenso gestraft werden, wie damals jene minder schweren Fälle der „Nothzucht.“ Ungeeignet aber wäre es, ein solches Verbrechen, wenn es auch vor 1862 verübt sein

1) Vergl. Hegel Rechtsphilosophie §. 214. Dieß gilt nicht bloß, wie L. Pfeiffer gem. Strafr. I. S. 273. Anm. 153 anzunehmen scheint, von den quantitativen, sondern auch von den qualitativen „letzten Bestimmungen“ (Hegel a. a. O. §. 3).

2) S. Feuerbach §. 404 (seit der neunten Ausg.), Henke III. S. 144 f., Wächter im N. A. XIII. (1832) S. 410—415.

3) St. G. B. von 1839. Art. 295. §. 3. Jetzt sind in Folge des Ges. vom 14. Apr. 1855. Art. 1 und 3 die Strafen niedriger auszumessen.

sollte, noch als eigentliche Nothzucht zu bestrafen, nachdem der Gesetzgeber sich einmal von der Untauglichkeit dieses Begriffs für jene Fälle überzeugt und ihn demgemäß auf seinen natürlichen Umfang eingeschränkt hat.

II. Die Schwere des Verbrechens und ihre Schätzung durch den Gesetzgeber hängt nicht selten mit von wechselnden Zuständen ab, theils von äußeren Zeitverhältnissen, theils vom jeweiligen Stande der Volksansichten. Allein der Wechsel vollzieht sich in diesen Dingen meist nur allmählig: selten binnen der kurzen Frist von der Verübung einer bestimmten That bis zu dem Ablaufe der Verjährung oder dem Tode des Uebertreters. Gleichwohl kommt auch das Letztere vor: bei Criminalverbrechen freilich meist nur in Zeiten eines allgemeinen Uebergangszustandes.

Das Verhältniß, welches den Gegenstand der Verletzung ausmacht, kann eine wesentlich geänderte, höhere oder geringere Bedeutung erhalten; Zustände, die bisher eine gewisse Milde rechtfertigten, können aufgehört haben u. s. w. So rechtfertigt sich z. B. die heutige Strenge gegen Dienstvergehen in Vergleichung mit der Nachsicht der „guten alten Zeit“ einerseits durch die allgemein durchgebrungene Ansicht von der nothwendigen Reinheit des öffentlichen Amtes, andererseits dadurch, daß der verbesserten äußeren Lage der Beamten eine straffere Handhabung ihrer Pflichten gegenübergestellt werden konnte; und in beiden Beziehungen war der Umschwung ganz oder nahezu gleichzeitig mit der Erlassung der härteren Strafgesetze¹⁾.

Sehr häufig aber stehen Polizei- und Finanzgesetze wesentlich unter dem Einfluß rasch wechselnder Zeitverhältnisse. Ein merkwürdiges geschichtliches Beispiel ist das oben

1) Vergl. z. B. die Klagen und Forderungen Grolmans S. 360 (3te Aufl., 1818) mit den gleichzeitigen Organisationsgesetzen König Wilhelm's von Württemberg (1817 und 1818).

erwähnte Gesetz von Padua (§ 52, 53, Anm. 1); in unserer Zeit liegt es nahe, an die Ausfuhrverbote bei Kriegsgefahr, an Strafverfügungen bei Verhängung eines Kriegszustandes u. dergl. zu denken¹⁾. In solchen Fällen wäre es widersinnig, die Aufhebung einer Strafverfügung²⁾, welche durch die besondern Verhältnisse ihrer Zeit wohl begründet war, auch auf Diejenigen wirken zu lassen, die während jener Zeit gefrevelt hatten³⁾.

§. 25.

Als zweiter Beweggrund neuer Gesetze ist oben die Erwartung bezeichnet worden, daß die rechtlichen Wirkungen der **Strafe** mittelst der Aenderung besser werden erreicht

1) Weitere Beispiele s. in den Citaten der folg. Anmerk. und unten in §. 28.

2) Mit der Ansicht, welche im obigen §. ausgeführt ist, stimmen mehrere Entscheidungen des preuß. Obertribunals im wesentlichen Punkte zusammen: Urteil vom 1. Dec. 1853 wider Hittmann, vom 24. Nov. 1853 wider Peppmeyer (Goldammer Arch. Bd. II. S. 112 f.), vom 18. Jan. 1855. wider Adrian (das. Bd. III. S. 256 f.) u. s. w. (Oppenhoff, Strafgesetzb. §. 6 f. Nr. 1—4 zu Art. IV.). Einerseits nämlich werden in der erstgenannten Entscheidung als die Voraussetzungen, worauf das Princip der rückwirkenden Kraft (im Art. IV. des preuß. Einführungsgesetzes) beruht, folgende angegeben: „wenn der Gesetzgeber sich veranlaßt sehe, „entweder in Folge einer veränderten Rechtsansicht, oder aus Gründen der „Humanität, oder weil die Ueberzeugung gewonnen sei, daß für eine besondere Gattung von strafbaren Handlungen eine mildere Strafe zur Erreichung der Strafzwecke genüge, oder weil man zu der Ansicht gelangt, daß gewisse Gattungen früher mit Strafe bedrohter Handlungen gar nicht in „den Bereich des „Strafrichters gehören, bestehende strengere Strafgesetze zu „mildern oder ganz aufzuheben, würde es sowohl mit den Geboten der „Billigkeit, als auch mit den durch die Verurtheilung zu erreichenden Strafzwecken des Staates sich nicht vereinigen lassen, wenn ungeachtet des inzwischen eingetretenen milderen Gesetzes den Uebertreter des früheren strengeren Gesetzes die Strafe des letzteren treffen sollte.“ Andererseits aber hat das Obertribunal in den angeführten Rechtsfällen, welche unter den rückwirkenden Kraft für unanwendbar erklärt.

werden, als nach dem bisherigen Rechte. Dieser Grund trifft gleichmäßig bei allen Verbrechen zu, welche von da an einem richterlichen Urtheil oder Strafvollzug anheimfallen — mögen sie vor oder nach dem neuen Gesetze verübt sein. Hiernach sollte folgerichtig jedem derartigen Gesetze rückwirkende Kraft zukommen, soferne kein Hinderniß entgegensteht¹⁾. Denn, mag der Gesetzgeber die seitherige Strafe aus allgemeinen Gründen oder wegen geänderter Zeitverhältnisse und Volksansichten verwerfen — jedenfalls trifft beides gleichmäßig bei allen jenen Fällen zu: die Wirkungen der Strafe liegen stets nur in der Zukunft.

Die Erwartung aber, welche der Gesetzgeber von diesen Wirkungen hat, wird überall auf seine Verfügungen wesentlichen Einfluß üben. Mag man auch mit Bekker (S. 215) sagen: „Die Bestrafung gilt uns als zwecklos insofern sie keinen äußeren Zweck zu dienen hat, die Strafe selber ist „Zweck, und sie ist Dieß darum, weil sie dem göttlichen Willen „entspricht“²⁾ — so muß doch selbst auf diesem theokratisch-absoluten Standpunkte zugegeben werden, daß die Strafe jenes ihr Wesen nur vermöge gewisser äußeren Wirkungen bethätigen

1) Ueber das letztere s. den folg. §.

2) So Bekker gegen Zacharia's „Vorwurf“ (S. 31 ff.), daß bei der absoluten Theorie die Bestrafung keinen Zweck habe (vergl. unten §. 27). Uebrigens bezeichnet Bekker selbst S. 30 die Strafe als Mittel, „den „Einzelwillen zu brechen und die Oberherrlichkeit des Staats wieder „herzustellen;“ und hiernach ist also das letztere von Bekker als Zweck der Strafe anerkannt (ähnlich S. 82 „durch die Strafe wird der Wille „Dessen gebrochen, der es gewagt hatte, mit dem Staat in Widerspruch „zu treten, er wird gezwungen den Widerspruch aufzugeben, die höhere „Gewalt des Staates wieder anzuerkennen“). Ein Recensent in Schletter's Jahrbüchern (IV. S. 232) bestreitet deßhalb geradezu, daß Bekker's Theorie „wirklich, was sie sein solle, eine absolute Theorie sei.“ Ich lasse Dieß dahingestellt, wie überhaupt den ganzen Streit über Zwecke oder Zwecklosigkeit der Strafe, da jedenfalls die Rücksicht auf ihre Wirkung entscheidet, mag man nun die letztere „Zweck“ nennen oder nicht.

kann. Sie soll „das Reich, d. i. die Herrlichkeit der sittlichen „Macht des Staats durch die Vernichtung oder das Leiden „Dessen herstellen, welcher sich wider sie empört hat; die höhere „Macht des Staates am Verbrecher bewahren, in der „äußeren Welt wie im Bewußtsein sowohl der menschlichen „Gemeinschaft als des Uebelthäters; sie soll ihn vertilgen oder „sonst ihre Schwere empfinden lassen, seinen Willen bewältigen, „indem ihm Das, was er als Wille will, die Befriedigung, „entzogen, und was er nicht will, der Schmerz, die Einschränkung „zugefügt wird“ (Stahl, Rechtsphilosophie II. 1 S. 165). Also: Entziehung der Befriedigung, Schmerz, Einschränkung sind es, wodurch allein die Strafe ihre rechtlich-sittliche Bestimmung erfüllen kann. In gleicher Weise verwirklicht nach der Hegel'schen Theorie die Strafe ihr rechtliches Wesen, das Verbrechen aufzuheben und das Recht wieder herzustellen, dadurch daß sie die „positive Existenz der Verletzung,“ nämlich „den besonderen Willen des Verbrechers als einen da seienden „Willen“ verletzt (Hegel, Rechtsphilos. §. 97, 99 f.)¹⁾.

Wenn nun der Gesetzgeber sich überzeugt, daß die bisherige Strafe vermöge ihrer Art, Größe, Vollziehungsweise jene Wirkungen nicht hervorbringt oder überschießt (also auch, daß

1) In ganz bestimmter Weise will Platon die Strafe überall um ihrer Wirkungen willen (s. bes. leg. IX.); ja er setzt die wesentliche Bedeutung der Gesetze im Allgemeinen darein, daß sie für die Zukunft nützlich sein sollen (Theätetos, p. 178, 179 Stallbaum, cap. 26. R. F. Hermann 1854). Hiernach müßten gemäß seiner Rechtslehre die Strafgesetze stets so angewandt werden, daß die Wirkungen der Strafe in der Zukunft möglichst vollständig eintreten, und hieraus ergibt sich das oben Gesagte — während Lassaile S. 9 f., 68 umgekehrt in jener Stelle des Theätetos ganz allgemein den „Gedanken der Nicht-Nützlichwirkung als begriffliche Nothwendigkeit“ ausgesprochen finden will.

Als jene Wirkungen betrachtet Platon bekanntlich: die Heilung der Ungerechtigkeit, Entsündigung und Reinigung des Staates, Besserung und Abschreckung der Verbrecher, Abschreckung Anderer (bes. leg. a. a. D., vergl. Welcker, letzte Gründe S. 438—440).

sie dem göttlichen Willen widerspricht), ist es dann folgerichtig, sie doch noch erkennen und vollziehen zu lassen? Und wie soll hier der Umstand, daß sie nach formellem Rechte verwirkt war, einen Unterschied machen, da ja die Wirkungen der Strafe und also die Erfüllung ihrer Bestimmung jedenfalls nur in der Zukunft liegen können? — Wenn z. B. der Staat mit J. U. Wirth, Trummer, Berner u. A. zur Ansicht käme, daß die Todesstrafe nach der christlichen Religion nicht nur nicht (wie man bisher annahm) geboten, sondern geradezu verwerflich sei ¹⁾ — soll er sie dann für Verbrechen, die vor dem abschaffenden Gesetze verübt sind, doch noch vollziehen lassen?

§. 26.

Nach dem Bisherigen (§§. 24 und 25) steht wohl fest: soll der Gesetzgeber die rückwirkende Kraft eines neuen Strafgesetzes ausschließen, so muß er hiezu (vorbehaltlich der in § 24. Nr. II. genannten Fälle) besonderen, selbstständigen Grund haben.

Ein solcher liegt nicht schon in der allgemeinen Forderung der Positivität des Rechtes; denn diese bedeutet zunächst nur, daß, was als Rechtsnorm angewendet werden soll, zuvor als solche in allgemein gültiger Form äußerlich aufgestellt sein müsse ²⁾; angewendet aber wird das Strafgesetz nicht im Verbrechen, sondern erst in der Bestrafung.

Dagegen pflegen allerdings wir der Positivität des Strafrechts eine engere Bedeutung beizulegen. Als Grundsatz gilt bei uns nicht bloß „nulla poena“ —, sondern auch „nullum crimen sine lege poenali“; schon das Dasein eines Verbrechens ist uns durch ein vorher aufgestelltes Strafgesetz be-

dingt ¹⁾. Worauf nun aber beruht Dieß? Ich glaube, vornehmlich einerseits auf dem Princip des modernen Rechtsstaates,

1) S. hierüber A. Begg, Lehrb. der Strafrechtswissenschaft. §. 55. Unter Gesetz ist in den obigen Regeln das Gewohnheitsrecht mit begriffen, dessen Anerkennung daher nicht, wie Birnbaum N. A. Bd. XI. S. 121 glaubt, jenen entgegensteht. — Eine Ausnahme macht in England die Verantwortlichkeit der Minister gegenüber dem Parlament, indem sie entweder durch *bill of attainder* (Gesetz gegen den Einzelnen, privilegium im römischen Sinn, J. ob. §. 11), oder nach vorgängigem contradiCTORISCHEM Proceß auf Anklage des Unterhauses (*impeachment*) durch Urtheil des Oberhauses als Staatsgerichtshofes mit einer nicht zuvor angebrohten Strafe belegt werden können. Indessen sind diese beiden Maßregeln seit langer Zeit außer Übung, und ihre Bedeutung war eine mehr politische, als juristische, indem dabei die Verantwortlichkeit der Regierung nicht bloß auf die Gesetzmäßigkeit, sondern auch auf die „Moralität, Politik und Weisheit“ ihrer Maßregeln bezogen wurde (s. Oxeit und Russell an den ob. S. 36. Anm. 1 angeführten Stellen). Im Uebrigen gelten auch in England die obigen Regeln. Dagegen ist in Schottland das oberste Strafgericht (Supreme Criminal Court) befugt, jede als strafwürdig erscheinende Handlung, ohne daß sie zuvor mit Strafe bedroht oder je einmal gestraft worden war, mit willkürlicher Strafe (nur nicht an Leben oder Gliedern) zu ahnden. S. Hume, commentaries on the law of Scotland, respecting crimes, Edinburgh 1819, vol. I. S. 12 und hiernach Birnbaum im N. A. XI. S. 122. Hume a. a. O. macht hiefür in britischer Weise Zweckmäßigkeitsgründe geltend: den Vortheil für das Publikum, daß das Böse in seinem Beginne leichter unterdrückt werden könne, und den für den Thäter, daß eine mildere Strafe genüge, solange es noch nicht Aergerniß und Aufregung in der Gesellschaft hervorgerufen habe. Gleichwohl kam h. z. L. in einem freien Lande jenes Recht wohl nur darum Beifall und Bestand haben, weil die Gerichte unbegrenztes Vertrauen genießen und die Billdehnbarkeit der Strafgesetze eine Nachhülfe erfordert. — Bedenklich aber war die Einräumung einer ähnlichen, noch größeren Machtvollkommenheit an die französischen Militärgerichte durch ein kaiserliches Decret vom 1. Mai 1812. Art. 8 und 10, welches nach einem Beschl. des Pariser Cassationshofes vom 21. Mai 1847 durch die in der Charte von 1830 zugesicherten „konstitutionellen Garantien“ außer Kraft gesetzt ist. S. Boitard S. 37 f. Bei der Verhängung des Belagerungszustandes im Juni 1892 war dieses Decret als noch gültig behandelt und eben hierauf von den Gegnern der Regierung die gewichtigste Einwendung gegen jene ganze

1) S. ob. Bd. I. S. 13, 170—172, Wirth und Trummer an den dort angef. Stellen, Mittermaier im N. Arch. 1857 S. 15—18, Berner, Abschaffung der Todesstrafe, 1861, S. 4 ff.

2) Vergl. übrigens Schilling, Naturrecht, I. Abth. (1860), S. XII.—XX., ferner §. 23. Nr. 4, §§. 26, 29.

andererseits auf dem Vorgange des späteren römischen Rechts und der Analogie des Privatrechts.

Vermöge der bewußten Selbstständigkeit, in welcher der Einzelne sich zur Staatsgewalt verhält, hat er einen Rechtsanspruch darauf, daß die Bedingungen, unter denen ein Eingriff derselben in seine Güter begründet ist, in der Form des Rechtes und im Voraus festgestellt seien. Seinen Handlungen soll vom Staate nicht eine empfindliche Folge gegeben werden, welche der Betheiligte nach dem früheren Rechte nicht nur nicht erwarten konnte, sondern als ausgeschlossen zu betrachten hatte (denn daß man sich gerade auf Aenderung des positiven Rechtes gefaßt halte, kann der Staat den Bürgern nicht zumuthen ¹⁾). Eben

Maafregel mit gegründet worden; s. die Instruction des Kriegsministers an die Kriegsgerichte [conseils de guerre] im *Moniteur* vom 5. Juni 1832, und von der anderen Seite die Gutachten der Advocaten Ledru-Rollin, Paillet, Coffinières, Rabet u. s. w. in der *Gazette de France* vom 12., 13. und 14. dess. Monats; vergl. den *Lex* S. 75—78.

1) Vergl. z. B. Treilhard in den Motiven zu Art. 4 des *code pénal*: »Cet article retrace une maxime qu'on peut regarder comme la plus forte garantie des citoyens. Un citoyen ne peut être puni que d'une peine légale. Il ne peut être laissé dans l'incertitude sur ce qui est ou n'est pas punissable. Il ne peut être poursuivi pour un acte qu'il a pu de bonne foi supposer, au moins indifférent, puisque la loi n'y attachait aucune peine.« (S. *Code pénal*, suivi de l'exposé des motifs etc. [Paris 1810] t. II. S. 10.) Vergl. *Trébutien* I. S. 81. *Toullier* an der unten anzuführenden Stelle meint sogar: »il est impossible aux citoyens de prévoir qu'une action innocente aujourd'hui sera défendue demain.«

Offenbar unrichtig ist dagegen die Bemerkung *Lassalle's*: »der Verbrecher wußte, welche Strafe auf sein Verbrechen gesetzt war, und wenn er dasselbe dennoch beging, so hat er freiwillig sich diesen ihm bekannten Folgen unterworfen. Weiß er die Bedeutung und Folgen seiner That nicht, so spricht ihn das Gesetz selbst als unzurechnungsfähig frei« (Theorie der erworb. Rechte S. 56). Hier sind die Grundzüge über Rechtsunwissenheit ebenso sehr verkannt, wie der Begriff der Zurechnungsfähigkeit.

diese Auffassungsweise haben unsere Staaten dadurch bekräftigt, daß sie gemäß ihr den Wirkungskreis der öffentlich-rechtlichen Gesetze zu bestimmen pflegen ¹⁾. — Insbesondere aber liegt in der h. z. T. nothwendigen, wahrhaft allgemeinen Bekanntmachung der Strafgesetze ihre abschreckende und warnende Wirkung als ein erhebliches Stück des ganzen Strafrechtes; und vermöge der Achtung, welche der heutige Staat der Persönlichkeit gewährt, ja schon um der Selbsterhaltung willen ist er verpflichtet, der wirklichen Bestrafung die gelinderen Mittel, Warnung und Abschreckung, vorausgehen zu lassen ²⁾.

Auch die Gründe, welche speciell gegen die Rückwirkung des härteren Strafgesetzes geltend gemacht werden, beruhen vornämlich auf den modernen Rechtsbegriffen. So beruft sich einerseits *Berner* (S. 50) auf die bürgerliche Freiheit ³⁾, *Zachariä* (S. 10—14) auf den rechtlichen

1) Gesetz und öffentliche Meinung stehen also hier, wie vielfach, in Wechselwirkung. Daher Ansichten, wie die oben S. 80 Anm. 1 angeführte der französischen Gesetzgebungscommission.

2) Dem Staate muß daran gelegen sein, sich seine Bürger nicht bloß in physischem (Sichte, Naturrecht II. S. 97), sondern auch in sittlich-rechtlichem Sinne zu erhalten. Verbrechen zehren an den sittlichen und materiellen Kräften des Einzelnen, Strafen im günstigsten Falle wenigstens an den materiellen des Staates.

Dieser Grund wird natürlich nicht bloß, aber doch vorzugsweise im modernen Rechtsstaat auf unsere Lehre wirken. An das »moneat lex priusquam feriat« erinnert schon *Boitard* S. 37 ob.

3) Ebenso *Toullier*: »Si les lois pouvaient avoir un effet rétroactif, il n'y aurait plus ni sûreté ni liberté. La liberté civile consiste dans le droit de faire ce que la loi ne défend pas. On regarde comme permis tout ce qui n'est pas défendu...« (droit civil français, 6. Ausg. v. *Duvergier*, Bb. I. S. 50). *Gélie* S. 36 f. beruft sich auf diese Stelle in der Fassung: »Si les lois pouvaient rétroagir« u. s. w.

Vergl. auch die »von der Linken mit lebhafter Zustimmung angenommene« Erklärung *Benj. Constant's* in der Sitzung der französischen *Seeger*, Abhandlungen. II.

Schutz, welchen die Bürger in der bestehenden Gesetzgebung auch im Verhältniß zur Strafgewalt des Staates finden; andererseits sagt Böcklin (Syst. S. 48), es wäre ungerecht, ein neues Strafgesetz auf eine Handlung anzuwenden, die zu einer Zeit begangen wurde, in welcher nach der allgemeinen Rechtsüberzeugung diese Handlung als erlaubt oder doch als geringeres Vergehen gegolten habe. — Der letztere Grund zeigt schon in seiner Fassung den Zusammenhang mit moderner Rechtsphilosophie; nur hier gilt als „allgemeine Rechtsüberzeugung“ bloß die, welche durch eine Rechtsquelle aufgestellt ist. Dem neueren Staat überhaupt gehört die Betonung der bürgerlichen Freiheit und die Auffassung des Gesetzes als Schutzwehr gegen die Staatsgewalt vorzugsweise an. Wo dagegen Unterordnung unter den Staat der Grundzug des Gemein-Lebens ist, da kann kein Rechtsanspruch Einzelner die Vollstreckung Dessen hindern, was jene Gewalt gemäß ihrer jetzigen Ueberzeugung zur Aufhebung des Unrechtes verfügt. So im antiken Staat ¹⁾, in der Theo-

Abgeordnetenammer vom 30. Mai 1828 (Moniteur, vom 1. Juni 1828. Ergänzungsblatt S. 755, Cassalle S. 3).

1) Bezüglich des älteren römischen Rechtes s. die Nachweisungen ob. in §. 2 ff. Für das griechische behauptet Cassalle das Gegentheil wegen Platons Theätetos p. 178 A., 179 ed. Stallb. (cap. 26 Herm.) und des unter dem Archon Carkleides erlassenen Gesetzes über die Bedingung des athenischen Bürgerrechtes. (Demosthenes adv. Eubulidem »IV. 1330 ed. Dindorf«, Ausg. v. Westermann, 1852, §. 30). Allein die erstere Stelle spricht, wie oben S. 93. Anmerk. 1 ausgeführt ist, vielmehr für meine Ansicht, und bei dem genannten Bürgerrechtsgesetze galt das Verbot seiner Anwendung auf diejenigen, welche bereits im Genuße des Bürgerrechtes standen, nicht als Regel, sondern als Ausnahme (kraft einer allgemeinen Amnestie). Die anderen Gesetze über denselben Gegenstand, das frühere des Perikles und das spätere, unter Archon Arkhios erlassene, unterlagen jener Beschränkung nicht. Uebrigens handelte es sich hier — wahrscheinlich schon bei dem Gesetze des Perikles — gar nicht um rückwirkende Kraft eines neuen, sondern

kratie, Patriarchie und Despotie ¹⁾. Wenn hier Abweichungen vorkommen, beruhen sie auf einer Selbstbeschränkung des Herrscher's, nicht auf einem Rechte der Betheiligten ²⁾.

Zu jenen Gründen kommt noch ein anderer, allgemeiner. Begriffsmäßig sollte die Strafe unmittelbar im Augenblicke des Verbrechens eintreten, so daß während keiner Zwischenzeit die Störung der Rechtsordnung ungesühnt bestände. Der gegentheilige thatsächliche Zustand beruht lediglich auf der

bloß um neue Einschärfung und Handhabung des längst bestehenden (solonischen) Rechtsaktes (Westermann a. a. O. Einleitung S. 124—128).

1) Daher die rückwirkende Kraft der Gesetze in der mosaïschen Theokratie (4. B. Mos. Kap. 27. B. 1—11, bes. B. 7, Cassalle S. 67). — Das chinesische Strafgesetzbuch von 1647, Ta Tsing Len Lee, legt in sect. XLIII. (Uebers. v. Staunton und Renouard de S.-Giroir, Paris 1812. Th. I. S. 84) „allen Grundgesetzen“ unbedingt jene Kraft bei — solchen Gesetzen aber, die „bei Gelegenheit erlassen werden und Modificationen eines Gesetzes sein,“ nur da, wo sie eine Milde rung der ordentlichen Strafen gewähren. Unter Grundgesetzen sind nach Renouard de S.-Giroir a. a. O. préface S. XLV f. die ursprünglichen Bestimmungen jenes Strafgesetzbuchs verstanden (diese werden in jeder folgenden Ausgabe ohne Aenderung abgedruckt und, mindestens dem Namen nach, als dauernde behandelt); den Gegensatz bilden die neueren Gesetze, welche nach Verrathung in den höchsten Reichscollegien vom Kaiser sanctionirt und als »supplementary statutes« (Staunton) in das Gesetzbuch je nach den betreffenden Artikeln oder Sectionen eingeschaltet werden. In der lebendigen Strafgesetzgebung China's herrscht also seit zwei Jahrhunderten dieselbe Behandlung, wie im neuesten römischen und im gemeinen deutschen Recht.

(Cassalle, welcher auf die genannte bedeutsame Stelle aufmerksam macht, hat aus derselben nur den ersten Satz angeführt und glaubt deshalb, die Anwendung je der allerneuesten Gesetze sei in China ganz allgemein und ausdrücklich für alle jetzigen und alle künftigen zu erlassenden Gesetze als Princip aufgestellt.)

2) Die obigen Begriffe der Staatsgattungen (vergl. Mohl, Encycl. der Staatswissenschaft, 1850. §§. 14, 40—49) erschöpfen zwar nicht den Reichthum der Lebenserscheinungen (s. ob. Vd. I. S. 217), dienen aber zur Bezeichnung der Grundgedanken, welche sich in jenen meist nur annäherungsweise verwickeln.

Unzulänglichkeit der Staatskräfte. Nun wäre es aber des Staates unwürdig, diese seine eigene Unvollkommenheit zu härterer Behandlung des Verbrechers auszubenten ¹⁾. Insoferne folgt die Ausschließung rückwirkender Kraft bei härteren Strafgesetzen aus der Positivität des Rechtes überall, wo diese in dem obigen Sinne anerkannt ist, daß die Strafbarkeit der Handlungen von einem **vorgängigen** Strafgesetz abhängt. Eben dieß Letztere nun aber trifft nicht bloß im heutigen Rechtsstaate, sondern möglicher Weise auch in Patrimonialherrschaften und in solchen Reichen zu, welche im Wesentlichen als Despotieen erscheinen. So namentlich im späteren römischen Kaiserthum ²⁾, wo die Herrscher, theils aus überlieferter Achtung vor der Rechtswissenschaft, theils aus Mangel an eigener schöpferischer Kraft vieles einer Despotie Fremdartiges und so auch die Regeln über die Anwendung der Gesetze bestehen ließen. Zu diesen Regeln gehörte u. A. namentlich das Verbot rückwirkender Kraft; und zwar auch für das öffentliche, insbesondere das Strafrecht, seitdem die frühere Eigenthümlichkeit desselben mit dem Untergange des antiken Staatsbewußtseins ihren Grund und Halt verloren hatte.

Jedenfalls aber hat dieses Verbot seine Wahrheit nur auf dem Gebiete des Staats und Rechtes. Aus dem moralischen und religiösen Gesichtspunkt ist die Sündhaftigkeit einer Handlung unabhängig vom Bestehen eines äußeren (sei es weltlichen

1) Dagegen folgt aus dem Obigen Nichts gegen die Rückwirkung der mildernden Strafgesetze. Wider den Vortheil, daß die gelindere Ansicht dem Uebertreter und dem Staate selbst zu gut komme, kann natürlich nicht eingewendet werden, daß dieser Erfolg nur durch jene Unvollkommenheit thatsächlich ermöglicht sei.

2) Auch die *cognitio extraordinaria* war seit der Zeit der großen Juristen in den Grundzügen an festes Gewohnheitsrecht gebunden. Arg. D. XLVII. 18 de effractor. l. 1 §. fin., XLVII. 20 stellion. l. 3. §. 2; Birnbaum im R. Arch. Bd. VIII. S. 678 ff.

oder kirchlichen) Gesetzes ¹⁾. Ebenso die Strafbarkeit, wenn man das religiöse Princip auf den Staat und seine Strafe überträgt. Gegen die Vollstreckung des göttlichen Willens kann es kein Recht des Einzelnen geben: also auch keines gegen die Anwendung der gesetzlichen Strafe, wenn diese nach der jetzigen Staatsüberzeugung vom göttlichen Willen gefordert wird. Unbedingte Rückwirkung der Strafgesetze wäre also in einer „theologischirenden Rechts- und Staatslehre“ die folgerichtige Regel.

§. 27.

Verhältniß der Regel zur allgemeinen Strafrechtstheorie.

Die obigen Ausgangspunkte (§§. 23, 24 am Anf., 25) entsprechen der Gesamtheit der Beziehungen, welche die Strafe darbietet, und daher auch jeder richtig durchgeführten Strafrechtstheorie. Dieß hat insoferne praktische Bedeutung, als unsere Regel allgemeine Geltung für Strafgesetze überhaupt in Anspruch nimmt; denn diese beruhen bekanntlich auf sehr verschiedenen Theorien, und der Wirkungskreis eines jeden kann nur gemäß der von ihm angenommenen bestimmt werden.

Das Wesen der Strafe wird durch das des Verbrechens als der notwendige Gegensatz, als „Negation“ desselben begründet. Dieser Gegensatz besteht sowohl gegenüber dem einzelnen begangenen, als gegen alle künftigen, möglichen Ver-

1) »Ὅσοι γὰρ ἀνόμως ἡμαρτον, ἀνόμως καὶ ἀπολοῦνται· καὶ ὅσοι ἐν νόμῳ ἡμαρτον, διὰ νόμου κριθέσονται . . . Ὅταν γὰρ ἔθνη τὰ μὴ νόμον ἔχοντα φύσει τὰ τοῦ νόμου ποιῇ, οὗτοι νόμον μὴ ἔχοντες ἑαυτοῖς εἰσι νόμος, οὕτως ἐνδείκνυνται τὸ ἔργον τοῦ νόμου γραπτὸν ἐν ταῖς καρδίαις αὐτῶν, συμμαρτυροῦσιν αὐτῶν τῆς συνειδήσεως καὶ μεταξὺ ἀλλήλων τῶν λογισμῶν κατηγόρουσιν ἢ καὶ ἀπολογουμένων.« (A. p. Paulus im Brief an die Römer Kap. II. B. 12, 14, 15.) — Uebrigens ist oben S. 45 f. und 49 f. bemerkt, daß und inwiefern schon der Kirchenvater Ambrosius und das kanonische Recht des Mittelalters von dieser Ansicht abwichen.

brechen. In ihm liegt eine Fülle besonderer Beziehungen, welche, einseitig festgehalten, je eine relative Strafrechtstheorie ergeben, im Gesamtwesen der Strafe aber ihre innere, umfassende Einheit haben. Diese Einheit in der Mannigfaltigkeit zu begreifen, ist die Aufgabe einer wahrhaft absoluten Theorie ¹⁾.

Im Obigen wurde der Satz zu Grunde gelegt, daß die Strafe im Wesentlichen nach der größeren oder geringeren Rechtswidrigkeit, beziehungsweise Gefährlichkeit des Verbrechens bestimmt werde: also einerseits nach der Größe der äußeren Rechtsverletzung oder Gefahr, andererseits nach der Tiefe der Schuld ²⁾. Dieß entspricht dem allgemeinen logischen Verhältniß der Strafe zum Verbrechen — denn je bedeutender eine Größe, um so größer auch ihre praktische Negation — aber auch den Beziehungen, worin diese Negation sich im Einzelnen verwirklicht.

Gegenüber dem begangenen Verbrechen ist sie Wiederherstellung des Rechtes aus seiner Verletzung: also einerseits Abbüßung und Sühnung der Schuld durch ein Leiden, Genugthuung für das beleidigte Rechtsgefühl und etwa für die dem Verletzten widerfahrne Kränkung seiner Persönlichkeit; anderer-

1) Herr »Bl.« spricht mir dieses „Prädicat“ ab, weil meine Rechtsordnung nur die äußere menschliche Ordnung sei (litterar. Centralblatt von 1859. S. 395). Ich streite nicht über den Namen, bemerke jedoch gegen jenen theokratischen Absolutisten, daß das Wort Jesu über ein Kirchengesetz „der Sabbath ist um des Menschen willen gemacht, und nicht „der Mensch um des Sabbath willen“ (Ev. Marci 2, V. 27) noch viel mehr von der weltlichen Strafe des Staates gelten muß.

2) Daß und inwieferne die Gefährlichkeit wirkliches Unrecht und beßhalb in der gerechten Strafe mit zu wüthigen ist, haben längst Aegä (Strafrechtstheorien S. 65 f. und 187er), Hälschner (System I. SS. 60, 61), Geßler (Dolus S. 6) nachgewiesen.

Auch die bloße Immoralität der Handlung muß — insofern, als die rechtlichen Gesichtspunkte einen Spielraum lassen — in Betracht kommen.

seits eben dadurch, daß sie den verbrecherischen Willen zum Gegenstande hat, Ueberwindung dieses Willens im Verbrecher selbst, nämlich Besserung oder doch Abschreckung, und, wo diese nicht gelingen, wenigstens Bändigung des verbrecherischen Willens (Specialprävention). Bei der ersteren Beziehung der Strafe (Abbüßung u. s. w.) versteht sich der obige Satz von selbst. Aber auch mit den anderen Gesichtspunkten stimmt er zusammen. Auch als Maafregel der Besserung u. s. w. aufgefaßt, muß die Strafe auf Dasjenige beschränkt bleiben, was zur Größe des Verbrechens in gerechtem Verhältniß steht. Denn Besserung, Abschreckung, Sicherung kommen hier nicht in abstracto, sondern als Zweck und Grund für Leiden einer Person in Betracht; und der rechtlichen Verantwortlichkeit, welche Zwang und Leiden begründet, kann die Person nur nach dem Maaf ihrer Schuld, nur insofern anheimfallen, als ihr Wille Rechtswidrigkeit bethätigt hat ¹⁾.

Negation der künftigen möglichen Verbrechen ist die Strafe in ihrer Eigenschaft als rechtliche Drohung. Vermöge der Positivität des Strafrechtes, ja schon vermöge des natürlichen Rechtsgefühles verbindet sich mit der Vorstellung des Verbrechens als etwaigen Willensinhaltes die Vorstellung der Strafe als nothwendiger Folge, und so negirt sie jenes praktisch durch Abschreckung und Warnung. Dem Staat erscheint von dieser Seite das Verbrechen als Gefahr für den Rechtszustand, die Strafe als Gegenwirkung wider diese Gefahr. Die Größe der letzteren in ihrer Allge-

1) Zu dem Obigen kommt noch ein weiterer Grund. Da die Strafe Kräfte des Staats in Anspruch nimmt und der bürgerlichen Gesellschaft Kräfte des Verbrechers entzieht, so hat sie schon aus diesem Gesichtspunkt einen Maafstab an der Erheblichkeit Desjenigen, um dessen willen der Kraftaufwand unternommen wird, also an der Größe der Rechtswidrigkeit, auf deren Ueberwindung sie gerichtet ist.

meinheit wird einerseits durch die Rechtswidrigkeit und besondere Gefährlichkeit der als möglich gedachten Verbrechen bestimmt, andererseits durch die Geneigtheit der Einzelnen zu deren Verübung. Auf die oberste rechtliche Bestimmung des Strafmaasses aber darf nur der erste dieser beiden Gesichtspunkte wirken: denn soll die Drohung nicht leer sein oder zu Ungerechtigkeit führen, so darf sie nur ein solches Leiden ankündigen, dessen Zufügung dem wirklich verübten Verbrechen entspricht ¹⁾. Auch diese Auffassung der Strafe also ist mit dem obigen Ergebnis durchaus vereinbar.

Anderz müßte sich der Wirkungskreis neuer Strafgesetze ergeben, wenn das (unmögliche) Unternehmen gemacht würde,

1) Mit anderen Worten: die Bedeutung der Strafe als Abhaltungsmittels von künftigen Verbrechen führt im Allgemeinen darauf, daß durch eine um so stärkere Drohung auf das Begehrungsvermögen eingewirkt, ein um so größeres Leiden des Schuldigen und ein um so größerer Kraftaufwand in Aussicht genommen werde, je größer die Gefahr ist, welche dem Rechtszustand aus Verbrechen droht. Auf die Grundlage des Strafmaasses aber darf Dieß nur insoweit wirken, als es im Ergebnis mit der oben erörterten Beziehung der Strafe auf das wirklich verübte Verbrechen übereinkommt, d. h. als die Größe der Gefahr durch die Größe des zu befürchtenden Verbrechens bestimmt ist.

Es ist also nicht, wie Müller glaubt, Mangel an Folgerichtigkeit, daß Feuerbach bezüglich des Strafmaasses größtentheils auf dieselben Ergebnisse kommt, wie die absolute Theorie (Revision II. S. 204—273, 373—439, Lehrbuch §§. 102a—125, Müller, Kritik des Strafmaasses S. 67—81); vielmehr stimmt Dieß eben zu der tieferen philosophischen Grundlage, welche Feuerbach selbst ausdrücklich voraussetzt (Rev. I. S. 8 ff., vergl. ob. Bd. I. S. 4. Anm. 2).

Auch die Gesetzgeber, welche der Theorie des psychologischen Zwanges überwiegenden Einfluß gestatteten (vergl. z. B. ob. Bd. I. S. 19) ließen sich hiedurch mit Recht nicht abhalten, den milderen neuen Verfügungen rückwirkende Kraft beizulegen. Ebenso den Tex S. 18 ff., Bauer (Abh. I. S. 169 ff.) im Verhältniß zu seiner Warnungstheorie, Blondeau an der ob. S. 76 angef. Stelle, Merlin effet rétroactif S. 602 ff.; vergl. jedoch auch die folg. Anm.).

unsere ganze Wissenschaft und so auch diese Lehre einseitig und ohne Beachtung des in §. 26 Gesagten nach einem der Strafzwecke zu gestalten. Wollte ein Staat in dieser Weise die Rücksicht der Besserung, der unmittelbaren Abschreckung oder der Prävention abstract durchführen, so müßte er jedem Strafgesetze rückwirkende Kraft beilegen; denn die Ansicht, welche er zur Zeit der wirklichen Bestrafung über das beste Mittel für den beabsichtigten Zweck hat, könnte allein entscheiden. Umgekehrt müßte eine einseitige Theorie des psychologischen Zwanges alles Gewicht auf die Ausführung jeder Drohung legen, mithin allen, auch milderen neuen Gesetzen die rückwirkende Kraft versagen ¹⁾.

Das letztere Ergebnis hat man auch für diejenigen Theorien behauptet, welche gewöhnlich die absoluten genannt werden. So schon Smitts Verburg ²⁾, Zacharia S. 32, den Tex S. 25—28, neuestens Bekker und Hälschner. Die beiden Ersteren haben hiebei jene Theorien nur in der unentwickeltesten Form des kantischen Imperativs im Auge. Zacharia insbesondere beruft sich auf den Satz Kants: „wenn sich die „bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einwilligung auflöse, müßte der letzte im Gefängniß befindliche Mörder vor-

1) Ungenügend wäre die Einwendung, welche den Tex S. 20 macht: „... levissimum revera videtur esse illud periculum, quod in impunitatis spe, quae ex poenae scriptae executione omittenda oritur, situm est; cum legum criminalium mutationes tam rarae sint, ut malefici nullam fere spem fovere possint, novas mitiores leges receptum iri, postquam factum perpetraverint.“ Ebenso — auf diesem Standpunkte — die Bemerkung Blondeau's a. a. O. „... si la loi nouvelle est plus douce que l'ancienne, le législateur ayant jugé qu'une peine plus faible était suffisante pour prévenir les conventions, le surcroît de peine ordonné par l'ancienne loi, serait un mal qu'aucun avantage ne justifierait.“

2) Dissertatio de lege ad praeteritum non revocanda, Lugd. Batav. 1823, angef. bei den Tex S. 25.

„her hingerichtet werden“ (metaphys. Rechtslehre, 2. Aufl. 1798, S. 229). Allein zwischen Auflösung des Staats und einem Wechsel seiner Ansicht über die Strafwürdigkeit ist für unsere Lehre ein großer Unterschied. Kant will, wie er selbst beifügt, jene Bestrafung nur, „damit Jedermann widerfähre, was seine Thaten werth sind und die „Blutschuld nicht auf dem Volke hafte.“ Hieraus folgt eben die rückwirkende Kraft neuer Gesetze, wo solche auf der Ueberzeugung beruhen, daß ein bestimmtes Verbrechen keiner oder nur geringerer Strafe werth sei. Den Text wendet sich bereits gegen Abegg's Gerechtigkeitstheorie, giebt jedoch zu, daß der Staat auch nach ihr ganz wohl sein früheres Gesetz ausdrücklich für minder gut erklären und demgemäß die Strafen früherer Handlungen mindern oder aufheben könne.

Nach dem Obigen (§§. 23—26) kann jene Erklärung mit gleicher Wirkung schon in der Erlassung des neuen milderen Gesetzes liegen. Ungenügend ist freilich die Bemerkung Kötlin's: „der Staat würde ein Unrecht gegen sich selbst begehen, „wenn er ein Recht noch wiederherstellen wollte, das er ganz „oder relativ nicht mehr als solches erkennt“ 1). Die rückwirkende Kraft des milderen Strafgesetzes kann nicht aus dem allgemeinen Begriffe „Wiederherstellung des Rechtes“ abgeleitet werden, sondern nur aus der Eigenthümlichkeit der Strafe, daß in ihr die Verwirklichung des Rechtes lediglich im Interesse der Gesamtheit erfolgt. Der Staat hat sein

1) System S. 48. Indessen wollte Kötlin nach dem Citat auf S. 53. Anm. 2 hienit nur die Abegg'sche Begründung andeuten, nicht, wie Bekker S. 212 f. zu verstehen gibt, eine eigene aufstellen, die „wenig „besser sei als die von Stelzer und Bieli“ (s. ob. S. 63. Anm. 1). Zu einem solchen Urtheile war Bekker um so weniger befugt, als er selbst die eigentliche Begründung Stelzer's (Recht. S. 31) übersehen hatte.

Strafamt einzig um der Gesamtheit willen und soll es nach seinem besten Wissen und Gewissen verwalten; Strafe ist also nur in so weit gerechtfertigt, als sie nach seiner Ueberzeugung für die Gesamtheit rechtlichen Werth hat 1).

Zwar bestreitet Bekker S. 218 f. dem Staate geradezu die Fähigkeit, „eines seiner Gesetze für vorzüglicher zu erklären „als das andere.“ Allein dieser Einwurf ist schon oben, S. 24 Nr. I. widerlegt worden, und Bekker's Folgerungen 2) widerstreiten nicht bloß seinem allgemeinen Standpunkte, sondern schon den einfachsten Denkgesetzen. „Gleiche formelle Unfehlbarkeit“ (die er allen Gesetzen beigelegt wissen will), ist ein widersprechender Begriff. Unfehlbarkeit ist absolute Gewißheit der Weisheit und Gerechtigkeit, also ein in der Sache selbst Begründetes, Materielles, das nicht nur beliebig „formell zu „geschrieben“ werden kann. Unter Gesetzen, bei welchen das Letztere geschähe, könnte man nur (uneigentlich) solche verstehen, die eben nicht unfehlbar sind, aber entweder fälschlich dafür ausgegeben oder so als ob sie es wären, behandelt werden. Ersteres wäre eine Lüge des Staates, kann also nicht gemeint sein; soll aber nur behauptet sein: „der Staat hat

1) Nur insofern kann es selbst wenn je das Strafrecht des Staates geklugnet werden sollte, s. ob. S. 83 Anm. 1) eine Strafpflicht und eine vernünftige Strafgewalt geben. Nach Bekker's eigenen Grundsätzen (§. 7) soll nur gestraft werden, was den Staatszwecken zuwiderläuft. Wie nun, wenn der Staat sich überzeugt hat, daß eine früher verpönte und begangene Handlung in Wahrheit „den Staatszwecken nicht widerspricht“ (Bekker S. 83), oder daß der Staat gegenüber jener „auch ohne Strafe auskommen „und den Ungehorsamen auf anderem Wege zur Erkenntniß und Erfüllung „seiner Pflicht bringen könne“ (B. S. 84) — ?

2) „Durchbringen davon, daß er“ (der Staat), „im Besitze nur menschlicher Kräfte, stets irren kann, gerade auch bei dieser Erklärung, daß das „neue Gesetz dem Ältern vorzüglicher, irren könnte, muß er alle seine Gesetze für gleich vollkommen ausgeben, allen gleiche formelle Unfehlbarkeit „zuschreiben“

„die Gesetze so zu behandeln, wie wenn sie unfehlbar wären,“ so wäre dieß ein Schluß mit dem Obersatze: „wenn alle A = „non B sind, so müssen gerade deshalb alle A wie B behandelt „werden.“ Der besondere Schutz der Civilerkenntnisse, worauf B. sich beruft, ist nur da ein gerechter, wo die Gerichtsverfassung die Annahme begründet, die Richtersprüche seien „der nach Lage der Sache und dem dormaligen Stande der „Wissenschaft erreichbare Ausdruck des Rechts“ ¹⁾. Kein Staat wird diesen Schutz umgekehrt auf die Unzuverlässigkeit der Urtheile bauen; nicht einmal das römisch-formelle „*judicio contrahitur*“, woran Cassall's Ausführung S. 159 ff. erinnert, genügt dem heutigen Rechtsbewußtsein; mindestens wird man die thatsächliche Nothwendigkeit geltend machen, daß dem Streit als solchem irgendwo eine Gränze gesteckt sein müsse (D. de exc. rei judic. l. 6, ad Sct. Trebell. l. 65 §. 2).

Bekker's Ergebnis steht; wie bemerkt, auch mit seiner eigenen theologisirenden Grundanschauung nicht im Einklang. Wenn die Strafe lediglich darauf gestützt wird, daß sie „dem göttlichen Willen entspreche“ (Bekker S. 215, 228), daß „die Gewalt des Staates nach dem Vorbilde des allmächtigen Schöpfers geregelt sein solle“ (S. 81), so müßte folgerichtig stets dasjenige Gesetz angewandt werden, welches nach dem jeweiligen Stande der Erkenntniß das angemessenste, gerechteste ist, dem göttlichen Willen entspricht oder doch am Nächsten kommt — sei es nun im Erfolge das mildere oder härtere ²⁾.

1) Prof. Pland in den Verhandlungen des II. deutschen Juristentages, 1861, Bd. I. S. 67.

2) Oder umgekehrt: wenn der Staat keinen zuverlässigen Maßstab zur Beurtheilung seiner Gesetze hätte (Bekker S. 219), wenn er also nicht wissen könnte, ob ein Gesetz dem göttlichen Willen auch nur annäherungsweise, mehr oder weniger entspricht (oder etwa sein Gegentheil ist) — wie kann

Mit einem ähnlichen Einwand, aber ohne Erfolg sucht Hälschner gerade die herrschende Lehre ad absurdum zu führen. „Wenn der Grund,“ sagt er, „daß durch das neue „mildere Gesetz vom Staate die Ungerechtigkeit des früheren „anerkannt worden sei, als ein Rechtsgrund geltend gemacht „werde, so würde daraus folgen, daß auch das härtere Straf- „gesetz rückwirkende Kraft äußern müßte, weil durch dasselbe „gleichfalls die frühere Straflosigkeit oder mildere Bestrafung „der betreffenden Handlung als ungerecht bezeichnet sei, und „weil durch Anwendung des ältern milderen Gesetzes der Staat „gleichfalls ungerecht handeln würde.“ — Der Staat kann wohl auf die Ausübung eines ihm formell zustehenden Rechtes für die Zukunft verzichten, wenn er sie als materiell ungerecht erkennt. Hieraus folgt aber nicht, daß er von seiner jetzigen Ansicht überall schrankenlose Anwendung machen soll, auch wo er kein formelles Recht dazu und im Gegentheile gewichtige Abhaltungsgründe hat. Ueberdies wird die Rückwirkung des milderen Gesetzes nicht ausschließlich oder auch nur vorzugsweise darum behauptet, weil in seiner Erlassung das Geständniß einer früheren Ungerechtigkeit liege (s. oben §§. 23—25, bes. §. 24. I. a. G.). Ungerecht wäre vom Standpunkt eines solchen Gesetzes nur das: die alte Strafandrohung noch in ihrer Strenge auszuführen, während bei Anwendung des neuen

diejenige Strafe, welche der Staat hiernach blindlings herausgreift, dennoch für das Abbild der göttlichen Gerechtigkeit erklärt, wie kann sie darauf gestützt werden, daß sie dem göttlichen Willen entspreche (Bekker S. 215, 228, 81) — ? Hiernach gilt jedenfalls gegen Bekker noch weit mehr, als gegen Stahl der Einwand, daß bei ihm das Theologische überflüssige Zuthat sei, ein Widerspruch zwischen dem göttlichen Ansehen und der menschlichen Einsetzung des Rechtes bestehe (Ehilo, die theologisirende Rechts- und Staatslehre, 1861, S. 286, 298, Mohl Encyclopädie der Staatswissenschaften, S. 13. Anm. 5, S. 42. Anm. 1).

milderen Gesetzes jeder denkbare Zweck der Gerechtigkeit genügend erreicht wird.

Der Einwendung Hälschner's steht also keineswegs bloß der bürre Satz entgegen, daß der Thäter durch seine Handlung die (höhere) Strafe des neuen Gesetzes nicht verwirkt habe, wogegen Hälschner sofort erwidert, daß Dieß mit gleichem Recht auch gegen die Rückwirkung des milderen Strafgesetzes gelte. Indessen ist Letzteres nicht einmal richtig. Bei Gleichartigkeit der beiderlei Strafen kann hierüber nicht wohl Streit sein. „Im plus," sagt Abegg S. 486, „ist das minus „mitbegriffen, und es leidet also nicht einmal eine Rückanwendung 1), wenn das frühere Verbrechen nach dem neuen „milderen Gesetze beurtheilt wird, da sowohl das Verbot, als

1) Den Namen „Rückwirkung“ hat man allerdings zuzugeben, wenn diese in dem ob. S. 81. Anm. 1 bezeichneten technischen Sinne verstanden wird. (Dieß meint wohl Köstlin mit seiner im Ganzen nicht passenden Bemerkung wider Abegg's n. 17, Syst. S. 58. n. 2). In der Sache selbst bleibt aber Abegg's Ausführung bestehen. — Eben Dasjenige, was jenen technischen Begriff der Rückwirkung ausmacht, die sofortige Einwirkung des Gesetzes auf die Folgen früherer Handlungen, stellen freilich jetzt Manche (f. u. S. 29) der rückwirkenden Kraft als Gegensatz und als erlaubt gegenüber. So behauptete schon Merlin, *effet rétroactif* §. XI. Nr. I., daß in der Anwendung des neuen milderen Strafgesetzes auf frühere Thaten keine Rückwirkung liege (wörtlich wiederholt von Morin, *effet rétroactif* S. 285). Dieß rührt wohl von der apodiktischen Fassung, in welcher das Verbot der Rückwirkung von den französischen Gesetzen aufgestellt ist; gleichwohl bezeichnen Andere, namentlich Hélie S. 89, Trébutien S. 82 unsere Regel als Ausnahme von diesem Verbot, und gerade deshalb wurde in die Verfassung der französischen Republik von 1848 das ob. S. 75. Anm. 1 angeführte Grundgesetz der ersten Revolution nicht aufgenommen. (Cassalle erwähnt Letzteres S. 5 unter Berufung auf einen von Berriat-Saint-Prix ausgesprochenen Tadel, welchen ich nicht zu theilen vermag; wozu eine so vieldeutige Verfassungsbestimmung, die bei dem gewöhnlichen Sprachgebrauche von vorne herein für viele und wichtige Fälle falsch wäre!)

„die Bestimmung der Größe der Strafe schon früher und sogar „umfassender da gewesen ist, folglich es an den Erfordernissen „der gerechten Anwendung auch bei der neuen eintretenden „Milderung nicht gebricht.“ Wo aber die Strafen ungleichartig sind, da ist die neue mildere als kleineres Leiden wenigstens dem Werthe nach in dem größeren Leiden mit enthalten, welches schon nach dem bisherigen Gesetze verwirkt war. Ein Bedenken könnte nur darin liegen, daß die Aenderung der Strafart einen besonderen, überwiegenden Nachtheil für den Betheiligten enthielte, und dieser also einen verständigen Grund hätte, das Unterbleiben dieser Aenderung zu verlangen. Dieß kann aber hier nie vorkommen, da der Richter zwischen den beiden Gesetzen stets dasjenige zu wählen hat, dessen Anwendung im einzelnen Falle mit Rücksicht auf die Persönlichkeit und die Verhältnisse des Uebertreters für letzteren günstiger ist. Wollte dieser dennoch auf Anwendung des alten Gesetzes dringen, so hätte der Staat ein solches Verlangen, das nur auf Eigensinn oder Chikane beruhen könnte, lediglich unbeachtet zu lassen.

Hiebei wird keineswegs, wie Becker S. 216 gegen Abegg einwendet, vorausgesetzt, daß bei einem Wechsel der Strafgesetze die im entsprechenden Fall zu erkennende Strafe stets beiden, dem älteren und dem neueren Recht angemessen sein müßte. Vielmehr wird bloß die Anwendung des neueren an die Bedingung geknüpft, daß es zu keiner härteren Behandlung führe, als zu derjenigen, welche nach dem alten Gesetze schon verwirkt war. Höchstens wird — bei einem Wechsel der gesetzlichen Strafart — an die Stelle des einen, nach dem bisherigen Gesetze verwirkten Leidens ein der Art nach anderes gesetzt, das zugleich rücksichtlich des Werthes geringer ist. Solche Strafverwandlung muß aber hier ebensowohl zulässig sein, wie z. B. bei Concurrenz von Verbrechen oder Stra-

fen ¹⁾ und bei der Begnadigung; aus dem Gesichtspunkte der letzteren wird sie ja eben in unserem Fall auch von Bekker und Hälschner als allgemeine gesetzliche Maaßregel zugelassen. Warum nicht: von Rechtswegen? „Weil die Antinomie in „unserer Frage nicht durch Gründe des formellen Rechtes „zu lösen sei“ — sagt Hälschner S. 41 unten. Allein ist die Strafgesetzgebung dem formellen Recht unterthan? giebt es zwischen diesem und der bloßen Begnadigung kein drittes? ²⁾

Der Gesetzgeber steht überhaupt nicht unter, sondern über dem formellen Recht. Das letztere befindet hier in der Forderung, daß der Staat sich an eine Norm deshalb binde, weil sie bisher die positive war, d. h. weil er selbst sie aufgestellt oder bestehen gelassen hatte. Dieß kann für den Gesetzgeber kein Grund sein, auf einer Bestrafung, die er selbst als ungerecht erkannt hat, zu beharren. Nur wo die Gerechtigkeit selbst Achtung des formellen Rechtes verlangt, wie namentlich im Privatrecht und Civilprozeß, ist auch der Gesetzgeber zu entsprechender Selbstbeschränkung verpflichtet. Niemals aber darf er von jener seiner einzigen Richtschnur um des bloßen Formalismus willen abweichen, der hier zum Buchstabendienste würde — und am Allerwenigsten in der Strafrechtspflege, welche ja überall das materielle Recht und die materielle Wahrheit verwirklichen soll. Zur Gerechtigkeit und in's Gebiet der Gesetzgebung gehört Alles, was aus dem Wesen des Rechtes

1) S. z. B. württ. St.G.B. Art. 50, 115 f., 119, Ges. v. 13. Aug. 1849. Art. 35.

2) Hälschner läßt (in §. 157) die Begnadigung eben darum nur von der höchsten Gewalt im Staate ausgehen, weil sie bloß auf der Gerechtigkeit, nicht auf Gründen des formellen Rechtes beruhe. Allein man kann jedenfalls nicht umgekehrt sagen, daß die höchste Gewalt in Ermangelung von Gründen des formellen Rechtes nur im Wege der Gnade die Gerechtigkeit ausüben könne.

als Anforderung an die Gestaltung des Daseins hervorgeht, im Strafrecht insbesondere Alles, was aus seinen Grundbegriffen und allgemeinen Aufgaben mit logischer Nothwendigkeit folgt. Man lese Hälschner's ganzes, vortreffliches Werk durch: stützt er irgend eine Lehre der formellen oder der materiellen Zurechnung, stützt er die Strafe, ihre Milderung und ihre Surrogate auf Gründe des formellen Rechtes?

§. 28.

Die Aufgabe des Richters.

Es ist oben, in §. 23 eine durchgreifende Unterscheidung zwischen dem Standpunkte des Richters und dem des Gesetzgebers an die Spitze gestellt und der letztere im Bisherigen (§§. 23—27) erörtert worden.

Für den Richter, von dessen Aufgabe nun noch gehandelt werden muß, entscheidet seine allgemeine berufsmäßige Stellung zum positiven Gesetze. Die beiden Verfügungen, die ältere und die neuere, befehlen ihm ein bestimmtes Verhalten zu gewissen Handlungen; welchem der verschiedenen Befehle hat er nun in unserem Falle zu folgen ¹⁾?

Dieß ist lediglich eine Frage der positiv-rechtlichen Auslegung und Analogie. In Ermangelung besonderer gesetzlicher Bestimmung kann nur der Sinn und Geist des jedesmaligen neuen Gesetzes, weiterhin des positiven Rechtes überhaupt, maaßgebend sein.

Zunächst ist gewiß, daß die Strafe des älteren Rechtes jedenfalls formell verwirkt war; diese muß also der Richter

1) Dem Einwande Bekker's S. 195, daß das Strafgesetz nicht bloß Anweisung an den Richter, sondern zugleich ein öffentliches Verbot sei, ist schon oben, §. 22 a. Ende begegnet worden.

verhängen, wo ihn hievon nicht ein besonderer Rechtsgrund, hier das neue Gesetz, entbindet. Aus dem letzteren Gesichtspunkte gilt das bisher, in §§. 24—27 Ausgeführte mittelbar auch für den Richter.

A. Wo eine mildere neue Verfügung nachweisbar die in §§. 24 I, 25 angegebene Bedeutung hat, wird ihr der Richter auch die früheren Handlungen unterwerfen ¹⁾. Er kann hier mit Sicherheit annehmen, daß der Gesetzgeber nicht von dem Ergebnis abweichen wollte, welches seiner Absicht allein entspricht und überdies h. z. L. die Wissenschaft und Rechtsübung fast einstimmig für sich hat.

Aus dem letzteren Grunde schon erscheint die Anordnung der rückwirkenden Kraft in unseren Einführungsgesetzen (s. ob. S. 22) als Ausfluß eines feststehenden Rechtsatzes, nicht als Begnadigung der betreffenden Personen, als *lex specialis*, wie Bekker S. 222 glaubt; und ebensowenig, wie das letztere, ist sie ein „*jus singulare*“, weil „keine mit ihr harmonirende Vorschrift in den Gesetzen zu finden sei.“ (Bekker das.) — *Jus singulare* ist nicht schon dasjenige, wozu sich keine ausdrücklich harmonirende Vorschrift findet, sondern Abweichung von der ebenmäßigen Entfaltung des rechtlichen Gedankens (von dem »*tenor rationis*« ²⁾); also hier von dem folgerichtigen, gleich-

1) Einer besonderen gesetzlichen Anweisung hiezu bedarf er nicht. Selbstverständlich ist aber oben vorausgesetzt, daß das positive Gesetz nicht ausdrücklich oder seinem erweislichen Sinne nach anders entschieden habe. Das Beispiel, welches Bekker S. 213 gegen Köstlin anführt, könnte nur mit einem solchen Strafgesetze verglichen werden, das seine Wirksamkeit ausdrücklich auf die Behandlung künftiger Thaten einschränkt: wenn der Staat für das Jahr 1851 4% Einkommenssteuer ausschreibt, so heißt Dieß bestimmt genug, daß die Einkommen des Jahres 1851, aber auch nur diese mit 4% besteuert werden sollen.

2) D. I. 3 de legg. l. 16. »*Jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.*«

mäßigen Ergebnis aus dem Wesen der Straffjustiz. Nun besteht aber eben dieses Ergebnis nach dem Obigen (S. 23) in der Anwendung je des milderen Rechtes; und diese ist in der That von allen Einführungsgesetzen, wenn gleich in verschiedener Fassung, anerkannt: von den weitaus meisten so, daß gerade die rückwirkende Kraft des neuen milderen Gesetzes ein Stück der Regel (s. S. 22 I, II.) ausmacht. Wie soll sie nun bei diesen Gesetzen *jus singulare* sein können? Diese Behauptung, welche von Bekker für alle Einführungsgesetze aufgestellt wird, kann sich also nur auf die wenigen, in § 22. III. genannten beziehen, bei welchen — mit dem preussischen Staatsrath zu reden — „die Anwendbarkeit „der früheren Gesetze auf die vor der Publication vorgenommenen Handlungen vorab ausgesprochen und sodann die „Modification der Milde aus dem neuen Gesetz hinzugefügt „ist“ (s. Goldammer's Materialien, zu Art. IV. S. 7). Allein auch bei den letzteren, namentlich dem preussischen, findet sich kein Grund zu der Annahme, daß diese Modification in einem anderen Sinne gemeint sei, als in dem der damaligen, so gut wie einstimmigen Lehre. In diesem Sinne wird denn auch von dem Berliner Obertribunal der Art. IV. des Einführungsgesetzes von 1851 aufgefaßt und angewendet ¹⁾.

1) Das Obertribunal bemerkt ausdrücklich, „daß der Art. IV. des Einführungsgesetzes vom 14. Apr. 1851 in seiner Wortfassung sich zwar nur „auf das Verhältniß zwischen den bis dahin bestandenen, nun aufgehobenen „Strafgesetzen und dem neu eingeführten Strafgesetzbuche bezieht, daß derselbe „aber einen allgemeinen strafrechtlichen Grundsatz anerkennt, welcher auch „schon früher und zwar nach dem nun im Art. VII. aufgehobenen §. 18 „der Einleitung zum allgemeinen Landrecht in einer noch größeren Ausdehnung Geltung hatte“ (Urtheil wider Adrian vom 18. Jan. 1855, Goldammer's A. III. S. 256, Oppenhoff St.G.B. zu Art. IV. Nr. 1, S. 6). Beigefügt wird sogar, dieser Grundsatz müsse während der Herrschaft des Strafgesetzbuches das ganze Strafrecht beherrschen, so lange

Eben diese Bedeutung der Einführungsgeetze unterstützt durch ihre Analogie die Annahme rückwirkender Kraft unter

nicht einzelne Gesetze Ausnahmen davon begründen. Dieß ist wohl insofern nicht ganz richtig gefaßt, als die unten bei Litt. B. anzuführenden Fälle nicht bloße Ausnahmen sind. Sachgemäß entschieden wurden aber auch die letzteren Fälle, und die von Hälschner S. 42, Anm. 8 bestrittene Uebereinstimmung zwischen den beiderlei Urtheilen ist durch jene Anerkennung von Ausnahmen gewahrt.

Daß unterscheidende Merkmal, die „wesentliche Voraussetzung des Art. IV.“, findet das Obertribunal darin, „daß eine Aenderung der Strafrechtstheorie auf irgend einem Gebiete von Handlungen eingetreten sei.“ Daher soll „der aus dem Art. IV. zu entnehmende strafrechtliche Grundsatz, „daß, nach eingetretener Aenderung der Strafgesetzgebung für irgend ein „Gebiet von Handlungen, die unter der Herrschaft des aufgehobenen „Gesetzes begangenen strafbaren Handlungen nur dann nach diesem aufgehobenen Strafgesetze noch beurtheilt werden dürfen, wenn auch die „nunmehr geltende Gesetzgebung solche Handlungen mit Strafe, und „nicht mit einer gelinderen Strafe bedroht“, „auf alle während der Herrschaft des Strafgesetzbuches eintretenden Aenderungen in der Strafrechtstheorie auf irgend einem Gebiete von Handlungen, „namentlich auch auf dergleichen Aenderungen der Strafverordnungen der „Polizeibehörden Anwendung finden“ (Goltammer a. a. O.).

Im Ergebniß trifft die Unterscheidung des Obertribunals, so viel ich bemerken kann, mit der von mir aufgestellten zusammen. — Hälschner will S. 42 die Anordnung des Art. IV. nur auf diejenigen Strafgesetze bezogen wissen, welche ausdrücklich dem St.G.B., als ihm angehörend, eingefügt werden; Bekker bestreitet S. 223 überhaupt ihre Anwendbarkeit auf die einzelnen Strafgesetze, die zu den verschiedenen Strafgesetzbüchern hinzutreten, z. B. auch auf die preussischen Gesetze vom 9. März 1853 und vom 14. April 1856.

Daß von Bekker S. 223 angef. Erkenntniß des Wiener Cassationshofes (Tenne M. I. Nr. 16) gehört nicht hierher, sondern zu der speciellen Frage über die Anwendbarkeit des neuen Gesetzes auf solche Fälle, in welchen ein noch nicht rechtskräftiges Urtheil vorliegt.

Ebenso, wie nach preussischem Rechte, wird künftig nach den ob. S. 74 Anm. 4 angef. bair. Gesetzen zu entscheiden sein; und ein Widerspruch hiergegen liegt wohl kaum in der von Hocheder, Strafgesetzb. für Baiern S. 50 gebrauchten Bezeichnung des Art. 25 als einer „speciellen Vorschrift, „wodurch das generelle Verbot der rückwirkenden Kraft des neuen St.G.B.'s „eine Einschränkung erleide.“

der obigen Voraussetzung (Litt. A. am Anfang) auch bei sonstigen milderen Strafgesetzen; ja, in dieser Beziehung könnte es nicht einmal einen Unterschied machen, ob die Urheber unserer Gesetzbücher die rückwirkende Kraft der milderen Bestimmungen als eine Sache des formellen Rechtes oder der materiellen Gerechtigkeit oder der Gesetzgebungspolitik betrachtet haben; der Grund war jedenfalls ein allgemeiner, auf jene anderen Gesetze gleichmäßig anwendbarer.

B. Solche Gesetze dagegen, die bloß wegen geänderter Verhältnisse aufgehoben oder gemildert worden sind, hat der Richter auch jetzt noch im Zweifel auf die Uebertretungen anzuwenden, welche unter ihrer Herrschaft begangen waren. So diejenigen, welche „nur temporär, sei es für einen „von Anfang an in sich begränzten Zeitraum, sei es bis zum „Eintritt eines künftigen Ereignisses oder der von Anfang an „in Aussicht gestellten Wiederaufhebung erlassen waren und „nun diesen insoweit vorhergesehenen oder in Aussicht gestellten „Ablauf erreicht haben“¹⁾.

Dieß muß um so gewisser gelten, wenn das Gesetz gar nicht für die Dauer aufgehoben, sondern nur für eine im Voraus bestimmte Zeit außer Wirksamkeit erklärt ist, wie es z. B. das Buchergesetz durch die preussische Verordnung vom 27. Nov. 1857 war²⁾; und vollends, wenn die nunmehrige

1) Worte des preuss. Obertribunals in dem ob. angef. Urtheil wider *Abrian*. Es handelte sich in diesem Fall um „Contravention gegen eine „Polizeiverordnung, die temporär zur öffentlichen Sicherheit erlassen, sodann „aber ausdrücklich wieder aufgehoben worden war.“ (Goltammer M. III. S. 256 f., *Dppenhoff* zu Art. IV. Nr. 1, S. 6).

2) Daß durch diese Verordnung die Strafbarkeit eines früher verübten Buchers nicht aufgehoben sei, wurde vom preuss. Obertribunal in einer Reihe von Fällen ausgesprochen (Goltammer M. V. S. 857, *Dppenhoff*, St.G.B. zu Art. IV. Nr. 4, S. 7 (2. Aufl. S. 6), und zu S. 263. Nr. 68, S. 484). „Es charakterisirt sich“, fügt Goltammer, wohl nach

Straflosigkeit einer früher strafbaren Handlung nicht auf einer Aenderung des Strafgesetzes, sondern darauf beruht, daß jene lediglich in Folge anderweitiger thatsächlicher oder rechtlicher Veränderungen die Eigenschaft der Rechtswidrigkeit für die Zukunft verloren hat, wie z. B. die unverzollte Einfuhr von Waaren aus einem Staate, gegenüber von welchem eine bisherige Zollschranke gefallen war ¹⁾).

Bekker zuerst hat in der Wissenschaft den Gesichtspunkt hervorgehoben, aus welchem die unter litt. B. genannten Gesetze aufzufassen sind. Mißlingen aber mußte der Versuch, den

den Entscheidungsgründen, bei, „diese Verordnung weder als ein milderes „Strafgesetz, noch überhaupt als ein Gesetz, welches die Strafbarkeit einer „Handlung überhaupt aufhebt. Sie erklärt vielmehr nur Dasjenige, was „allerdings sonst dem strafbaren Wucher zu Grund liegt, nämlich die Ueberschreitung des landesüblichen Zinsfußes, für einen Zeitraum von drei Monaten für erlaubt. In dieser Beschränkung nur auf einen dreimonatlichen „Zeitraum liegt aber zugleich der Ausdruck, daß die Handlung nicht überhaupt ihren unerlaubten Charakter verlieren solle, sondern daß die Umstände nur für diesen kurzen Zeitraum geboten hätten, die Handlung zu „büssen. Die gleiche Verordnung vom 15. Febr. 1809 hatte es daher auch „für nöthig gefunden, ausdrücklich hinzuzufügen, daß auch die seit 1806 „verübten wucherlichen Ueberschreitungen des Zinsfußes straflos sein sollten. „Ein solcher Zusatz fehlt jetzt.“

1) Auch Dieß hat das preussische Obertribunal mehrfach, bei Zolldefraudationen, anerkannt. „Jedenfalls,“ wurde gesagt, „könnte bei Zolldefrauden der Grundsatz des Art. IV. nur dann angerufen werden, wenn „das neue Gesetz überhaupt das Umgehen der Zollgesetze für straflos erklärt, oder wenn es die Strafe, oder den Thatbestand (den Begriff) der „strafbaren Handlung anders bestimmte, nicht aber, wenn bei ungeändert „bleibendem Zollstrafgesetze, nach der Begehung einer Zolldefraudation „hinsichtlich der Waarengattung, auf welche sie sich bezog, nur der Tarif „geändert und deren zollfreie Einfuhr gestattet oder wenn eine einzelne Zollschranke, z. B. durch Anschluß eines Nachbarstaats an den Zollverein, „beseitigt werde.“ S. Goldammer N. II. S. 112, Oppenhoff St. G. B. zu Art. IV., 2. Aufl. Nr. 1 u. 2, S. 5, 3. Aufl. Nr. 1 u. 3. S. 6 f.

Weitere Beispiele von Fällen, welche zu der obigen litt. B. gehören, f. ob. in §§. 19, 24 a.-E.

in dieser Begränzung richtigen Gedanken auch auf alle anderen Strafgesetze anzuwenden.

§. 29.

Verhältniß der Lehre zu ihrer Gestaltung im Privatrecht ¹⁾.

Bermöge der obigen Entwicklung gestaltet sich die strafrechtliche Seite unserer Lehre im Einklang mit der privatrechtlichen. Auch Privatrechtsgesetze haben rückwirkende Kraft, wenn der Gesetzgeber durch Grund und Zweck der neuen Verfügung, der Richter durch Auslegung oder Analogie darauf geführt wird, ihnen die concreten, bereits erworbenen Rechte zu unterwerfen ²⁾. Dieß soll freilich verhältnißmäßig nur selten, nämlich da vorkommen, wo der Staat aus überwiegenden Gründen der Gerechtigkeit (insbesondere Gerechtigkeit) oder des öffentlichen Wohles vom Einzelnen ein Opfer zu verlangen befugt ist, und auch hier soll das Opfer auf das möglichst kleine Maas beschränkt, also wo möglich nur gegen Entschädigung auferlegt

1) Dem Plane meiner Schrift gemäß muß ich mich, was die Ansichten der Privatrechtslehrer betrifft, auf einige der bedeutendsten, beziehungsweise neuesten beschränken.

2) Dieß trifft namentlich bei solchen Gesetzen zu, welche das „Dasein „(Sein- oder Nichtsein, So- oder anderssein) eines Rechtsinstitutes betreffen,“ d. h. ein Rechtsinstitut aufheben oder wesentlich umgestalten. Zu weit geht Savigny VIII. S. 378 ff., 514 ff., indem er allen solchen Gesetzen rückwirkende Kraft beigelegt wissen will, was sofort 1819 aus dem obigen Gesichtspunkte von Wächter in seinen Pandektenvorlesungen, in der Literatur von Bornemann Erörtert, 1855 S. 7 ff., Schenk, Beitr. S. I. S. 110 ff. berichtigt worden ist. S. jetzt Wächter's gedruckte Beil. z. den angef. Vorles., 1857, Nr. VII. S. 19 ff., vergl. theilweise auch Schaaff, Abh. aus dem Pandektenrecht S. 312 ff.

werden ¹⁾. Denn erworbene Privatrechte sind im Allgemeinen sittliche Macht der einzelnen Person gegen alle anderen, auch den Staat, und haben daher nur höherer sittlicher Nothwendigkeit zu weichen. Zur Strafe dagegen ist lediglich die Gesamtheit um ihrer selbst willen berechtigt, daher auch zum Verzicht auf ungerechte Strafe. Hier tritt das Bedenken ein, an welches Savigny VIII. S. 389 erinnert: „ein neues Gesetz werde „stets gegeben in der Ueberzeugung, daß es besser sei, als das „frühere ²⁾. Daher müsse man dessen Wirksamkeit so weit, als „möglich, ausdehnen, um den zu erwartenden besseren Zustand „dem weitesten Kreise mitzutheilen.“

Daß und warum dieser Satz auf härtere neue Strafgesetze nicht angewendet werden darf, ist oben in §§ 23, 26 ausgeführt worden; und in soweit paßt auch auf das Strafrecht Savigny's Gegengrund ³⁾: „höchst wichtig und wünschenswerth sei das unerschütterliche Vertrauen in die Herrschaft der bestehenden Gesetze;“ d. h. (mit leichter Aenderung der dem Privatrechte geltenden Worte) „Jeder solle darauf „rechnen können, daß die Handlungen, welche er als erlaubte „nach den bestehenden Gesetzen eingerichtet hat, auch in Zukunft „als erlaubte werden behandelt werden.“ Die beiden anderen Gründe, aus welchen Savigny jenes Bedenken gegenüber erwor-

1) Passalle S. 224 ff. glaubt eine „Auflösung dieses Entschädigungscheines“ entdeckt zu haben und sagt S. 224 gegen Savigny S. 538 f., „es gäbe gar keinen größeren Irrthum als die Annahme eines „angeblichen Rechtes auf Entschädigung in den (bort) gedachten Fällen.“ Und doch ist jene vermeintliche „Auflösung“ im Grunde nur Ausspinnung des Savigny'schen Gedankens, daß in jenen Fällen meist Umbildung (statt Aufhebung) des Rechtsinstitutes, Verwandlung des Rechtsverhältnisses aus einem unablässlichen in ein ablässliches genüge.

2) Ich wiederhole Dieß natürlich nur mit Vorbehalt des ob. in §. 24 II., S. 28 B. Ausgeführten.

3) A. a. D. S. 390.

benen Privatrechten verwirft ¹⁾, sind auf das Strafrecht und namentlich auf gesetzliche Milderungen desselben völlig unanwendbar.

Manche Privatrechtslehrer stellen in neuester Zeit das Verbot der rückwirkenden Kraft als ausnahmsloses Axiom hin, beschränken aber diesen Begriff so, daß daneben eine sofortige Einwirkung des Gesetzes auf die Folgen früherer Handlungen anerkannt wird ²⁾. So legt Böcking dem (nach ihm ausnahmslosen) Verbote der rückwirkenden Kraft bloß den Sinn bei, daß „eine Rechtsbestimmung nur den „Willen bestimmen könne, welcher noch nicht geäußert sei; nur „Norm sein könne für, zu der Zeit, als sie geltend wurde, „noch nicht vollbrachte Handlungen“ ³⁾. Mit dem hier ange-

1) A. a. D. S. 390 ff.

2) S. ob. §. 27. S. 110. Anm. 1.

3) Pandekten §. 95. Als zulässig behandelt Böcking unter A. die Bestimmung, daß noch nicht eingetretene Folgen einer früheren Handlung, welche bei fortgeltendem älterem Recht eingetreten sein würden, nicht mehr eintreten sollen — also Dasjenige, was im Strafrechte die rückwirkende Kraft des milderen Gesetzes in unserem Sinn ausmacht —; ferner die Vorschrift, „es solle jetzt noch in Beziehung auf ein noch nicht gänzlich abgethanes Rechtsverhältniß Etwas geschehen, was nach älterem Rechte nicht „erforderlich gewesen sein würde.“ In der „Wiederaufhebung wohlervorbenener Rechte durch eine gesetzliche Bestimmung“ steht Böcking „nicht eine „Rückwirkung dieser, sondern vielmehr eine Anerkennung der Wirksamkeit „des älteren Rechts, indem die unter dessen Herrschaft entstandenen Rechtsverhältnisse von dem neuen Gesetz aufgehoben, also als bisher gültige, als „künftig ungültige behandelt werden.“ Diese Sätze haben mit Passalle's mehr als bedenklichen Auskunftsmittein Nichts gemein.

Scheurl, Beiträge S. I. S. 137 ff. versteht das Verbot der rückwirkenden Kraft so, daß neue Gesetze nicht auf „thatsächliche Verhältnisse, „welche kraft einer gewissen Rechtsregel einmal eine feste rechtliche Gestalt bekommen haben,“ rückwärts angewandt werden sollen, und unterscheidet ausdrücklich von der Rückwirkung den Fall, daß erworbene Rechte nach einem neuen Rechtsatz als von jezt an aufgehoben oder beschränkt behandelt werden. Die „facta praeterita“ der est. 7 de legg. sollen eben nur jene Ver-

regten Verhältniß des Gesetzes zum individuellen Willen beginnt auch, freilich in anderem Sinne, die Theorie Lassalle's: „der Begriff der Rückwirkung sei kein anderer, als der eines „Eingriffs in die Freiheit und Zurechnungsfähigkeit (?) eines „Menschen; kein Gesetz dürfe rückwirken, welches ein Individuum nur durch die Vermittelung seiner Willensactionen treffe; jedes Gesetz dürfe rückwirken, welches das „Individuum ohne Dazwischenschaltung eines solchen „freiwilligen Actes treffe; welches das Individuum also „unmittelbar in seinen unwillkürlichen, allgemein-menschlichen oder natürlichen oder von der Gesellschaft ihm übertragenden Qualitäten treffe, oder es nur dadurch treffe, daß „es die Gesellschaft selbst in ihren organischen Institutionen „ändere“ ¹⁾. Allein Lassalle selbst hebt den ersten seiner obersten Sätze größtentheils wieder auf: zunächst dadurch, daß er eine Reihe solcher Rechte, welche in Wahrheit aus zufälligen Ereignissen oder der Verantwortlichkeit fremder Willen entspringen, von späteren Gesetzen nicht „getroffen“ wissen will ²⁾, sodann durch nachträgliche Aufstellung des weiteren Satzes,

Verhältnisse, nicht überhaupt frühere Handlungen und Begebenheiten sein. Auch mit dieser Auffassung wäre unser strafrechtliches Ergebnis vereinbar. Das Verhältniß der That zum Strafgesetze hätte seine „feste rechtliche Gestalt“ nur darin, daß jene nicht härter, als nach dem Rechte, welches zu ihrer Zeit bestand, behandelt werden darf.

1) Theorie der erworb. Rechte S. 55, abgedruckt in der deutschen Strafrechtszeitung 1861. S. 650.

2) Lassalle sucht zwar auch diese Rechte auf „Willensactionen“ des Berechtigten zurückzuführen, z. B. S. 85—89 die Familien- und Erbrechte durch die Fiction, „daß vermöge der in der Familie herrschenden Identität „(?) der Personen und ihres Willens vom Rechte „(?) die günstigen Willenshandlungen der Familienperson zugleich als Willenshandlungen der anderen „angenommen werden“ — mithin, ungeachtet und beziehungsweise wegen des auf S. 88 Gesagten, z. B. die Zeugung als Willenshandlung des Kindes? Allein durch solche Behauptungen wird an der Sache selbst Nichts geändert.

daß „Rechte nur auf so lange Zeit Geltung haben, „solange die Gesetzgebung ein solches Recht überhaupt als zulässig betrachten würde.“ Das letztere soll sogar jedem Vertrage von vorne herein als stillschweigende Clausel hinzuzudenken sein (S. 194 ff.), und zur Begründung wird u. A. gesagt, es sei für das Individuum rechtlich unmöglich, sich gegen den Wandel der alleinigen Rechtssubstanz (des gemeinsamen Volksbewußtseins, des allgemeinen Geistes) festhalten zu wollen; der Rechtsbegriff bestehe eben nur in der Gemeinschaft mit dieser, bestehe nur darin, daß das, was jederzeit den absoluten Inhalt des allgemeinen Bewußtseins bilde, auch für alle Einzelnen da und vorhanden sei. Von diesem Standpunkt aus müßte folgerichtig auch härteren Strafgesetzen rückwirkende Kraft beigelegt werden. Gleichwohl tritt Lassalle im Strafrechte der herkömmlichen Unterscheidung zwischen den härteren und den milderen neuen Gesetzen bei. Insbesondere verwirft er die Rückwirkung der ersteren deshalb, weil sonst das Individuum dem Gesetzgeber und Richter sagen könne: hätte das Gesetz damals auf meine That diese Folgen gesetzt, so hätte ich die That nicht begangen; denn ich war frei, sie zu lassen und zu thun. Verurtheile man ihn trotz dieses Einwandes, so könne man ihm diese Verurtheilung nicht mehr als Folge seines freien Wählens, seines freibewußten Willens hinstellen, sondern es sei ihm eine hinterlistige und positive Gewalt angethan worden (S. 56 f.) ¹⁾. Dieser Grund fiele zusammen, wenn das Individuum sich überall auf den Wandel der Rechtssubstanz gefaßt zu machen hätte; und im Strafrechte müßte diese Forderung um so gewisser aufgestellt werden, wenn sie schon im Privat-

1) Was an dieser Stelle zuvor gesagt ist, beruht auf Verstößen gegen anerkannte Grundbegriffe des Strafrechts. S. ob. §. 26, S. 96. Anm. 1.

rechte, dem ganz eigentlichen Gebiete des individuellen Willens, zu jener Fiction einer stillschweigenden Vertragsclausel nöthigte ¹⁾.

Zweiter Abschnitt.

Umfang der rückwirkenden Kraft.

§. 30.

Bei mehrmaligem Wechsel des Rechts.

A. Freie Untersuchung.

I. Nach der obigen Regel (§. 84) soll überall entweder das Recht angewandt werden, welches zur Zeit der Handlung bestand, oder dasjenige, welches zur Zeit ihrer Aburtheilung in Wirksamkeit ist. So vom rechtlichen Standpunkt auch da wo in der Zwischenzeit ein anderes Recht, sei es auch ein milderes als jene beiden, gegolten hatte. Für die Berücksichtigung eines milderen „Zwischengesetzes“ liegt bei der obigen Fassung und Begründung der Regel im Allgemeinen keinerlei Rechtsgrund vor.

Hiegegen wird zwar geltend gemacht, daß „ein neues milderes Gesetz stets zurückwirke, ein härteres dagegen nicht,“ oder „daß „nach dem richtigen Grundsatz von der rückwirkenden Kraft „immer das mildere Gesetz zur Anwendung kommen solle ¹⁾.“ Allein so lautet der Grundsatz in seinem vollständigen Ausdrucke nicht. Würde auch die Regel in der oben §. 22 II. oder III. genannten Weise gefaßt, also die Anwendung des zur Zeit der That, beziehungsweise des Urtheiles geltenden Rechtes vorangestellt, so bezöge sich die sofort beigefügte Modification doch immer nur auf ein solches milderes Recht, welches je in dem anderen dieser beiden Zeitpunkte gälte. Auch die Gründe, welche für die rückwirkende Kraft des milderen Gesetzes angeführt werden, passen, soweit sie rechtliche sind, nur auf dasjenige, welches zur Zeit des Urtheils besteht ²⁾; und von einem wohl erworbenen Rechte des Uebertreters auf das mildere Zwischengesetz kann im Allgemeinen keine Rede sein ³⁾.

Wohl aber hat der Staat in solchen Fällen häufig Ur-

1) Diese Fiction ist übrigens von Rassalle so gut wie nicht begründet worden. Stillschweigende Vertragsclausel wäre eine solche, welche die Parteien thatsächlich übereinstimmend gewollt haben (z. B. auch diejenigen, welche vor Jahrhunderten Lehen, Realasten u. s. w. begründeten und an künftige Aufhebung dieser Rechte gar nicht denken konnten). Rasselles Ausführung beweist aber nur so Viel, daß der individuelle Wille dem allgemeinen im Fall eines Widerstreites weichen, daß das Recht, wenn es vom Gesetz ausdrücklich oder seinem Sinne nach für unzulässig erklärt wird, von da an aufhören muß. Für diesen von jeder anerkannten Satz ist die Fiction einer „stillschweigenden Vertragsclausel,“ die ja umgekehrt durch den individuellen Willen gesetzt sein müßte, ein nicht bloß unnöthiger, sondern verkehrter Ausdruck. Rassalle selbst hatte schon §. 188 f. Anm. bemerkt, daß seine erste, auf die Unverletzlichkeit des individuellen Willens gegründete Formel an den Fällen der §§. 6 und 7 „bereits falsch geworden sei“ und sucht Dieß damit zu beschönigen, „daß es ganz unmöglich sei, die Wahrheit in eine Formel zu bringen“; allein hiemit ist ohne Grund für Unfähigkeit der Wissenschaft ausgegeben, was der Verfasser nicht leisten konnte, ohne früher Gefagtes zurücknehmen zu müssen.

1) Hélie §. 43, Mittermaier im N. A. S. 194; ebenso einige württ. Abgeordnete in den unten anzuf. Verhandlungen. Für die mildere Ansicht sind auch Rauter §. 60, Morin §. 285, Trébutien §. 83 — während Boitard sie vom rechtlichen Standpunkte für „ein wenig willkürlich“ erklärt. Den Tex cap. 1. §. 6 (§. 23—25) und die deutschen Schriftsteller mit Ausnahme Mittermaiers verwerfen die Anwendung des Zwischengesetzes: Berner §. 54, 55, Wächter, sächs. Strafr. §. 122, 123, Krug, Kommentar zu dem sächs. St.G.B. Bd. III. §. 199.

2) Den Tex §. 23, Berner §. 55, Wächter §. 123. Anm. 14.

3) Berner und Wächter a. a. O. Vergl. jedoch auch das unten II. 2. Auszuführende.

sache, Gnade zu üben. Vorkommen kann unsere Frage wegen der Verjährung und menschlichen Lebensdauer nur da, wo die drei Gesetze binnen verhältnißmäßig kurzer Zeit nach einander gegolten haben, und unter solchen Umständen offenbart der neueste Wechsel immerhin eine bisherige Unsicherheit und Unbeständigkeit des Gesetzgebers; für diesen wird es sich daher rechtfertigen, Thaten, welche der Zeit jenes Schwankens mindestens nahe lagen, so zu behandeln, daß jene schwache Seite möglichst wenig, namentlich nicht in Klagen der Beteiligten, hervortritt. Hiedurch wird das Ansehen des Gesetzes wohl besser gewahrt werden, als durch starres Festhalten an der Rechtsconsequenz ¹⁾. Die Begnadigung kann hier bei der Allgemein-

1) Voitarb deutet den richtigen Gesichtspunkt insofern an, als er, freilich ohne nähere Bezeichnung, das „Interesse der Humanität“ für die mildere Entscheidung anführt. Hiegegen bemerkt Berner S. 55, „es wäre sogar eine Unbilligkeit, Diejenigen, die unter der Herrschaft des neueren strengen Gesetzes delinquirt haben, der ganzen Strenge dieses Gesetzes zu überlassen, während Diejenigen, die unter der Herrschaft des älteren, vielleicht noch strengeren Gesetzes verbrochen haben, nach milderen Zwischengesetzen beurtheilt werden.“ Allein die Begnadigung der Einen ist für Andere, welchen nur ihr Recht widerfährt, kein Grund zur Klage und verletzt auch das allgemeine Rechtsbewußtsein schon deshalb nicht, weil das Volk gegenüber Vorfällen einer ferneren Vergangenheit immer zur Nachsicht geneigt ist. Ungleichheit in der Behandlung solcher Thaten, welche zu verschiedenen Zeiten geschehen waren, läßt sich in unserer Lehre überhaupt nicht vermeiden; und da die Nichtjuristen weit mehr die Strafwürdigkeit, als das positive Gesetz anzuschlagen pflegen, wird es dem Volk und auch Denjenigen, welche unter dem neuen Gesetze gefrevelt haben, ziemlich gleichgültig sein, wie die früheren, milder behandelten Thaten zur Zeit ihrer Begehung bedroht waren.

Meine obige Ausführung zielt dahin, bei denjenigen Thaten, welche unter einem und demselben Gesetze geschehen sind, einen zweiten Wechsel zu vermeiden und ebendamit Klagen der Beteiligten über Unbeständigkeit des Gesetzgebers möglichst zuvorkommen. Eine unverkennbare Härte läge in jenem Wechsel da, wo der Proceß, etwa auf eine Selbstanzeige hin, schon eingeleitet und nur zur Zeit des neuen Gesetzes noch nicht durch rechtskräftiges Urtheil beendet war. Dieß ist das Richtige an dem Grunde Tré-

heit ihres Grundes recht wohl in der Form des Gesetzes erfolgen, so daß die Anwendung des milderen Rechtes auf alle früheren Thaten vorbehalten wird.

II. Nicht selten hat der Gesetzgeber zu einer solchen Bestimmung sogar einen rechtlichen Grund entweder in dem Gesichtspunkt, aus welchem er das neue Gesetz erläßt, oder in der Bedeutung des milderen Zwischengesetzes selbst.

1) In dem ersteren da, wo die neue strengere Verfügung ausschließlich gegen künftige Handlungen gerichtet ist. Dieß ist der Fall, wo sie entweder rein um des psychologischen Zwanges willen ¹⁾, oder lediglich wegen neuer Zeitverhältnisse getroffen ist ²⁾, aber das mildere Recht der Zwischenzeit nach des Gesetzgebers eigener Ansicht gegenüber allen früheren Handlungen der Gerechtigkeit vollkommen Genüge thut. So werden u. A. namentlich solche Gesetze, welche nur vorübergehende Wirksamkeit für die Dauer außerordentlicher Umstände, z. B. für die Zeit eines Belagerungszustandes, haben sollen, keinen Grund abgeben, das mildere, regelmäßige Recht der Zwischenzeit bei der Aburtheilung früherer Handlungen auszuschließen.

2) Die rechtliche Bedeutung des Zwischengesetzes spricht

butien's S. 83, daß der Angeklagte unter den Verzögerungen der Verfolgung und Untersuchung nicht leiden dürfe; wollte man Dieß freilich in der Allgemeinheit, wie Trébutien, und als Rechtsgrund geltend machen, so müßte man es auch zu Gunsten des Staates anwenden und also, da hier der S. 100 ob. angeführte Gegengrund nicht zutrifft, stets dasjenige Recht entscheiden lassen, welches zur Zeit der That bestand.

1) Zu allgemein (wenigstens im Ausdrucke) legt Mittermaier a. a. O. S. 194 f. neuen strengeren Gesetzen diese Bedeutung bei.

2) Hier kommt also der ob. in §. 24. Nr. II., §. 29 litt. B. erwähnte Wechsel der Zeitverhältnisse zwar in anderer Weise als dort, aber doch wieder mit der Wirkung in Betracht, daß das neue Gesetz keinen Einfluß auf die Behandlung früherer Thaten ausüben soll.

für die mildere Entscheidung, wo es gegenüber dem Volk eine wirkliche Zusage des Gesetzgebers bildete, daß die härtere Behandlung nie mehr eintreten solle. Hiemit war diese den früheren Uebertretern durch das Gesetz erlassen.

Ähnlich verhielt es sich bei der Aufhebung der Todes- und Prügelstrafe durch die deutschen Grundrechte von 1848 insofern, als gemäß §. 1 derselben die *partikularrechtliche* Wiederherstellung dieser Strafen für alle Zukunft verboten war. Zwar sind die Gesetzgeber der Einzelstaaten seit dem Scheitern der Reichsverfassung an diese Bestimmung nicht gebunden: allein so weit in ihr eine Zusage zu Gunsten der bereits verübten Verbrechen lag, war es eine Pflicht der Gerechtigkeit, hierauf bei der particularrechtlichen Wiedereinführung jener Strafarten Rücksicht zu nehmen, mithin das mildere Gesetz der Zwischenzeit auch auf diejenigen Handlungen wirken zu lassen, welche vor seiner Verkündigung begangen waren ¹⁾.

B. Der Richter darf das mildere Recht der Zwischenzeit nur da anwenden, wo Dieß durch das Gesetz ausdrücklich oder seinem Sinne nach angeordnet ist. Letzteres kann im Zweifel bei denjenigen Gesetzen angenommen werden, welche nachweisbar die unter A. II. genannte Bedeutung haben.

So legte die Criminalabtheilung des französischen Cassationshofes in zwei Erkenntnissen, vom 9. Juli und 1. Oct. 1813 der Einführung des Code von 1791 die Bedeutung bei, daß dadurch das ältere, strengere Recht unwiderruflich abgeschafft worden sei ²⁾. Hierzu stimmt allerdings die ganze

1) So entscheidet im Ergebnis das württ. Gesetz vom 17. Juni 1853 (f. ob. Bb. I. S. 56 ff.) Art. 13 Abs. 2. Doch scheint die Regierung Dieß, nach den Erklärungen des Justizministers zu schließen, nur als einen Gnadenact betrachtet zu haben (Verhandl. der Abg.-Kammer von 1853 Bb. VI. S. 4094 ff.).

2) Vgl. ob. A. II. 2. — In den „römischen Staaten“ hatte Andreas

Richtung der damaligen Gesetzgebung, mit der Vergangenheit so entschieden als möglich zu brechen, und überdies die Fassung des oben S. 68 angeführten Schluß-Artikels: »pour tout »fait antérieur à la publication du présent Code »l'accusé« etc. Allein wo solche besondere Gründe nicht vorliegen, kann der bloßen Einführung milderer Rechtes eine so weit gehende Bedeutung nicht beigelegt, sondern die „Zusage“, daß das strengere Gesetz nicht mehr Platz greifen solle, eben nur auf die Zeit bezogen werden, binnen welcher das mildere überhaupt in Wirksamkeit sein würde. Dieß verkennen die französischen Schriftsteller und Mittermaier, indem sie den Entscheidungsgrund des Cassationshofes verallgemeinern. — In Deutschland kam die Frage nach der Wiedereinführung der Todesstrafe aus Anlaß dieser zur gerichtlichen Entscheidung. Ein gewisser B. hatte bekannt, im Jahr 1841 einen Mord verübt zu haben, und wurde in Folge hievon durch den Schwurgerichtshof zu Mannheim am 10. October 1856, ungeachtet das seit 1851 geltende Strafgesetzbuch die Todesstrafe wiederhergestellt hatte, nur zu lebenslänglichem Zuchthause verurtheilt, weil die Abschaffung jener Strafe durch Gesetz vom 16. März 1849 ¹⁾ sich auf alle bereits verübten, wenn gleich noch nicht abgeurtheilten Verbrechen bezogen habe (M. Arch. 1857. S. 194). Die Richtigkeit solcher Entscheidungen hängt

Menchinucci einen Todtschlag, Angelo Ceccotti erschwerte Raube zu der Zeit begangen, als diese Verbrechen noch mit dem Tode bebroht waren. Die außerordentlichen Specialgerichte von Perugia und Rom hatten Beide nach dem zur Zeit des Urtheils geltenden code pénal von 1810 zu lebenslänglicher Zwangsarbeit verurtheilt. Da nun aber in der Zwischenzeit auch für jenes Land der code von 1791 in Wirksamkeit gewesen war, entschied die Criminal-Abtheilung des Cassationshofes für die mildere Strafe des letzteren Gesetzes: zeitliche, bei Menchinucci zwanzigjährige, Kettenstrafe (Sirey, recueil général des lois et des arrêts, Ausg. von Devilleneuve und Carrette, Paris 1843, Bb. IV. S. 391, 442).

1) Badißches Regierungsblatt von 1849. S. 147.

im Allgemeinen davon ab, ob der Richter dem Gesetzgeber die oben litt. A. II. angegebene Auffassung unterstellen darf; in dem erwähnten Rechtsfalle war der Wortlaut des Einführungsgesetzes von 1851. §. 7 (s. oben S. 72) nicht entgegen.

Von selbst versteht sich, daß eine unter der Herrschaft des Zwischengesetzes geschehene Tilgung der Strafbarkeit jedenfalls ihre Wirkung behalten muß. Dieß gilt insbesondere auch von der Verjährung und dem Klageverzicht, falls durch einen dieser Tilgungsgründe eben kraft der in der Zwischenzeit bestehenden milderen Normen die Strafbarkeit aufgehoben worden war. Vgl. unten §§. 37—39, bes. §. 37 Anmerkung.

§. 31.

Verhältnis zur Rechtskraft.

Darf und soll eine mildernde Aenderung des Strafgesetzes auch auf diejenigen Strafen angewendet werden, welche zwar rechtskräftig erkannt, aber noch nicht vollzogen sind?

Oder ist der Staat schlechthin verpflichtet, dem Vollzug und den Folgen des rechtskräftigen Urtheils ihren Gang zu lassen?

Die Lösung dieser Frage muß von dem Wesen der strafprocessualischen Rechtskraft ausgehen. Dasselbe besteht überhaupt in der Entscheidung des Streites oder Zweifels über das Recht des Staates zu strafen; also bei verurtheilenden Erkenntnissen darin, daß dieses Recht für die Zukunft festgestellt ist ¹⁾.

1) Die Feststellung des Strafrechtes gilt freilich nur mit dem Vorbehalte der außerordentlichen Rechtsmittel, und diese erkennt bekanntlich der gemeinrechtliche Untersuchungsproceß in weitem, der neue Strafproceß in

Hieran ist der Richter in der Weise gebunden, daß er das Urtheil genau so wie es lautet vollziehen lassen muß, an seinem Inhalte, namentlich der Strafe, ihren Schärfungen und Nebenfolgen ordentlicher Weise Nichts mehr ändern darf ¹⁾.

Der gesetzgebenden Gewalt gegenüber ist die Bedeutung der Rechtskraft nur eine bedingte: formell ist der Gesetzgeber völlig unabhängig von ihr, und seine materielle Verpflichtung kann nur dahin gehen, die Gültigkeit des Urtheils zu achten, nicht auch dahin, dessen fernere Vollziehung ungemin- dert geschehen zu lassen.

A) Der Gesetzgeber ist aus dem Gesichtspunkte der Rechtsconsequenz befugt, den Nachlaß oder die mildernde Abänderung rechtskräftig erkannter Strafen zu verfügen, wo und inwieweit diese lediglich durch abgeschaffte Normen des bisherigen Rechtes bedingt waren. Durch die Einhaltung dieser Schranke ist die Gültigkeit der Urtheile selbst gewahrt.

Die oben in §§. 23, 24 I., 25 ausgeführten Gründe für den Verzicht auf eine als unangemessen erkannte Strafe bestehen ungemin- dert, wo das Recht auf diese durch Richterspruch ausdrücklich anerkannt war. Nicht bloß die Zuerkennung, sondern namentlich auch der Vollzug der Strafe ist nur insoweit gerecht, als die Staatsgewalt von deren Angemessenheit überzeugt ist (vgl. ob. S. 89, 109). Das bisherige Recht,

beschränkterem Umfang an — jedoch nur unter solchen Voraussetzungen, welche zu unserer Frage in keiner Beziehung stehen. Der Streit, ob die Wirkung des gemeinrechtlichen Urtheils noch Rechtskraft oder nur Vollstreckbarkeit genannt werden könne, mag hier dahingestellt bleiben, da das Folgen des Urtheils schon von dem vollstreckbaren Urtheile gilt.

1) Ordentlicher Weise, d. h. soweit nicht die Voraussetzungen eines außerordentlichen Rechtsmittels zutreffen, oder das Gesetz ausdrücklich oder seinem Sinne nach den Richter von jener Verpflichtung besonders entbindet. Das bloße Bestehen des neuen milderen Strafgesetzes reicht weder zu dem Einen noch zum Anderen hin.

also mittelbar auch das auf es gegründete Urtheil, beruhte auf der früheren Ueberzeugung des Staates von der Angemessenheit der dort ausgesprochenen rechtlichen Behandlung; hat sich diese Ueberzeugung inzwischen geändert, so kann der Gesetzgeber an seine eigene Schöpfung und deren Folgen nicht mehr schlechthin gebunden sein.

Aber die ändernde Einwirkung auf die Strafe soll nicht weiter gehen als der Grund, welcher sie rechtfertigt. Dem Urtheil soll seine Wirksamkeit nur so weit entzogen werden, als es durch das bisherige Recht bedingt war. Jede Entscheidung enthält solche Punkte, welche von dem Wechsel der Gesetze nicht berührt werden, sondern unter der Herrschaft beider sich auf eine und dieselbe Weise gestalten müssen. Es sind die einmal die Thatfachen, welche der Richter für erwiesen erklärte, sodann von seiner rechtlichen Würdigung Dasjenige, was lediglich durch unverändert gebliebene Normen bedingt war. Was in diesen Beziehungen der Richter als feststehend angenommen hat, soll auch in unseren Fällen seine Wirksamkeit behalten; ihre Aufhebung wäre durch einen Wechsel der Ansicht über andere Punkte rechtlich nicht begründet.

Vermöge dieses Vorbehaltes ist zugleich die Gültigkeit des Urtheils anerkannt. Unverträglich wäre es mit ihr, eine neue Beurtheilung derselben That nach denselben Rechtsnormen anzuordnen¹⁾; die Aenderung soll sich daher auf diejenigen Punkte beschränken, welche nach den neuen Normen anders

1) Insofern gilt das »ne bis in idem« auch dem Gesetzgeber gegenüber; aber nicht weil er an das formelle Recht als solches gebunden wäre, sondern weil überhaupt gemäß dem allgemeinen organischen Verhältniß der Staatsthätigkeiten die Gültigkeit Desjenigen, was eine Behörde innerhalb ihres Berufes rechtmäßig erledigt hat, auch von der höchsten Gewalt anerkannt werden soll.

entschieden werden müssen. So bestehen das alte Urtheil und die jetzige Behandlung neben einander: jenes gilt als das, was es ist, nämlich als Ausfluß des zu seiner Zeit bestehenden objectiven Rechtes, und behält demgemäß seine Wirksamkeit insofern, als dieses Recht noch jetzt besteht.

Betrachtet man das Gesetz als Obersatz, die That als Untersatz und das Erkenntniß als Schluß, so kann der Gesetzgeber, wenn er den Obersatz nicht mehr für richtig hält, den Schluß für die Zukunft ganz oder theilweise außer Wirkung setzen, ohne hiemit ihn als unter jenen Prämissen unrichtig, die richterliche Thätigkeit und ihr Ergebnis als ungültig zu behandeln. Wo aber und inwieweit die Prämissen gleich geblieben sind, muß auch der Schluß seine Wirksamkeit behalten; das Gegentheil wäre Eingriff des Gesetzgebers in die rechtmäßige Ausübung des Richteramtes, mithin ein Verstoß wider das organische Verhältniß der verschiedenen Staatsthätigkeiten¹⁾.

Nach dem Bisherigen besteht auch in unserer Frage die rückwirkende Kraft nicht in Aufhebung des gültig Geschehenen, sondern bloß in Einwirkung auf dessen Folgen: hier auf den Vollzug der Strafe als besondere, der Zukunft angehörnde Staatsthätigkeit.

I. Sehr augenscheinlich ist Dieß bei denjenigen Aende-

1) Baffalle behauptet S. 354, die propositio major, das bisherige Gesetz, werde durch das neue, welches die früher verbotene Handlung nicht mehr verbiete oder das früher dafür mögliche Strafmaß oder die Straftart abschaffe, als falsch nachgewiesen. Allein bei der Abschaffung des Strafmaßes oder der Straftart bleibt im Uebrigen die den Obersatz ausmachende Gesamtheit der Strafrechtsnormen unberührt; nur in einem einzelnen Punkt ist die propositio major abgeändert, und auch in diesem ist sie nicht für falsch erklärt; d. h. dem alten Gesetz ist nur die Wirksamkeit für die Zukunft, nicht rückwärts die Gültigkeit entzogen. Ebendeshalb wird auch nicht, wie Baffalle folgert, der Schluß, d. h. das richterliche Erkenntniß, falsch, sondern es kann sich nur davon handeln, seine Folgen für die Zukunft ganz oder theilweise auszuschließen.

rungen, welche auf die erkannten Strafen sofort allgemein, »en bloc«, ohne besondere Prüfung der einzelnen Fälle angewandt werden können. Hierher gehören:

a) die allgemeine und völlige Aufhebung der Strafbarkeit für die betreffenden Handlungen;

b) solche Aenderungen der Strafe, wobei das Verhältniß der neuen milderen zu der alten aus allgemeinen Merkmalen erkennbar ist: z. B. Ersetzung der bisherigen Strafart durch eine mildere; Anordnung einer geringeren, absolut bestimmten Strafe; durchgreifende Verminderung der Strafgröße um einen Bruchtheil ihres Betrages ¹⁾;

c) nach Umständen neue Einführung oder Ausdehnung eines Grundes für Tilgung der Strafbarkeit, namentlich der Strafenverjährung.

In diesen Fällen ist der besondere Einfluß Desjenigen, was am früheren Recht aufgehoben worden ist, aus den Urtheilen selbst unmittelbar erkennbar, so daß deren Folgen ohne Wiederaufnahme oder Revision des Processes gemäß dem neuen milderen Rechte für die Zukunft beseitigt oder umgestaltet werden können. Es bedarf also hier keines neuen Erkenntnisses, sondern nur einer Anweisung an die Behörden über den Nachlaß oder die Verwandlung der Strafe. Die Ausföhrung dieser Maafregel hat ebensowenig Schwierigkeit, wie bei der Begnadigung und in anderen Fällen, wo die Strafe ohne Antastung des Urtheils aufgehoben oder verwandelt wird ²⁾.

II. Nicht so einfach ist die Aufgabe, wo die Anwendung des neuen milderen Rechtes eine vorgängige Prüfung der

einzelnen Fälle, also eine Wiederaufnahme der Prozesse nöthig macht. Auch diese aber kann häufig so behandelt werden, daß die Entscheidung des Richters mit Ausnahme der Punkte, welche durch abgeschaffte Normen bedingt waren, ihre Wirksamkeit behält.

So können unter vollständiger Anerkennung des ergangenen Urtheils die Strafen solcher Handlungen nachgelassen werden, bei welchen ein inzwischen eingeföhrtes Merkmal des gesetzlichen Thatbestandes gefehlt hatte, z. B. das Erforderniß eines Werthes bei Eigenthumsverbrechen. Die gesetzliche Aufstellung oder Ausdehnung eines Milderungsgrundes kann man auf die erkannten Strafen so wirken lassen, daß im Uebrigen die früheren Entscheidungen ganz bestehen bleiben; ebenso die Aufhebung oder Einschränkung eines Schärfungsgrundes, wo dessen Einfluß auf die Strafen bestimmt erkennbar ist. Gehört ferner eine Handlung nach dem neuen Gesetze zu einer geringeren Verbrechenst- art als bisher ¹⁾, so kann der Begriff derselben auf die vom

1) Eben auf diese Fälle beruft sich das preussische Justizministerium in der Verfügung vom 25. Mai 1851 für die gegentheilige Ansicht, daß dem neuen Gesetz überhaupt keine Einwirkung auf rechtskräftig erkannte Strafen zukommen solle. Allein die Bedenken sind nicht gegründet. Nach *U. R. R.* II. 20. §. 969 z. B. war eine „Geschwächte“ mit acht- bis zehn- jähriger Zuchthausarbeit zu bestrafen, wenn gegen sie festgestellt war, daß sie Schwangerschaft und Geburt verheimlicht, daß sie ein vollständiges, lebendiges Kind geboren hatte, und daß dieses sofort nach der Geburt gestorben war. Jetzt ist sie unter denselben Umständen, wenn überdies nachgewiesen ist, daß der Tod des Kindes durch jene Verheimlichung oder sonstige ihr zurechenbare Fahrlässigkeit herbeigeföhrt war, wegen fahrlässiger Tödtung strafbar, und diese ist mit Gefängniß von zwei Monaten bis zu zwei Jahren bedroht (*St. G. B.* §. 184. Abs. 1). Hätte man nun diese mildere Behandlung nach dem neuen Rechte den früher Verurtheilten zu Statuten kommen lassen wollen, so hätte hiezu Dasjenige, was der Richter in den obigen Beziehungen festgestellt hatte, nicht gekümbert, sondern nur die Frage über die Fahrlässigkeit erforderlichen Falles noch besonders untersucht und je nach dem Ergebniß hievon die alte Strafe für die Zukunft

1) Ein Beispiel bietet das im folgenden §. genauer zu besprechende württ. Gesetz vom 14. April 1855 in Art. 7 und 9.

2) Dieß geschieht z. B. in Württemberg durch den Richter bei Concurrenz von Strafen (*St. G. B.* Art. 50.) und Verbrechen (*Ges. v.* 13. Aug. 1849. Art. 35 im Gegensatz zu dem aufgehobenen Art. 29 der *St. P. O.* von 1843).

Richter festgestellten Thatfachen so angewendet werden, daß diese vollkommen anerkannt bleiben und nur etwa eine weitere, erst jetzt erhebliche, mit berücksichtigt wird; selbst die Rechtsfragen bedürfen auch hier insoweit, als sie von der Verschiedenheit der Gesetze unabhängig sind, keiner neuen Entscheidung.

Die Ermittlung Desjenigen, was der Richter festgestellt hatte, wird in den weitaus meisten Fällen keine Schwierigkeit haben: in schwurgerichtlichen namentlich enthält ja der Wahrspruch Alles, was für That und Schuld erheblich war.

Gegen die theilweise Berücksichtigung der früheren Entscheidung könnte man einwenden, daß bei der in unserem positiven Strafproceß anerkannten Wiederaufnahme der Untersuchung wegen neuer Thatfachen oder Beweismittel der Richter nicht in jener Weise gebunden ist. Allein zwischen diesen Fällen und dem unserigen besteht ein doppelter Unterschied. Dort muß die thatsächliche Grundlage des Erkenntnisses und damit dieses selbst als unrichtig nachgewiesen sein; hier handelt es sich rein von der rechtlichen Seite der Entscheidung und davon, einem als richtig anerkannten Urtheil die fernere Wirksamkeit zu entziehen. Ist jene thatsächliche Grundlage durch die Entdeckung eines erheblichen Mangels aufgehoben, so haben hiemit auch die nicht unmittelbar angefochtenen Stücke der Entscheidung diejenige Wirksamkeit, welche ihnen auf den Grund der bisherigen Verhandlungen zukam,

ganz außer Wirksamkeit gesetzt oder in die gelindere des neuen Rechtes verwandelt werden müssen. Eine Forderung der Gerechtigkeit war es jedenfalls, den Vollzug jener harten Strafe nicht fortsetzen zu lassen, nachdem der Gesetzgeber sich von ihrer Verwerflichkeit überzeugt hatte.

Dasselbe gilt von Verurtheilungen, welche auf §§. 961, 962 des A.L.R. II. 20 gegründet waren, im Verhältniß zu §. 186 des St.G.B.; von Verurtheilungen wegen unerlaubter Selbsthilfe (A.L.R. II. 20. §§. 157, 158) im Verhältniß zu den Bestimmungen des St.G.B. §§. 212, 187, 281, 214, 346, wo die letzteren auf ein milderes Ergebnis geführt hätten.

verloren: die Thatfachen, weil sie jedenfalls im neuesten Strafproceß nur als Einheit, mittelst ihres Gesamteindrucks den Beweis herstellten, die rechtliche Würdigung, weil sie sich lediglich auf den als unrichtig nachgewiesenen thatsächlichen Stoff bezog. Wenn dagegen bloß in der rechtlichen Beurtheilung ein Punkt geändert wird, so können die übrigen und alles Thatsächliche aufrecht erhalten bleiben, und zwar auch in den Fällen, wo das Letztere durch die Berücksichtigung eines erst jetzt erheblichen Umstandes einen Zusatz enthält.

Indessen entsteht bei der Ausführung eine Schwierigkeit in denjenigen Sachen, welche unter Anwendung des neuen milderen Gesetzes noch zu der Gerichtsbarkeit der Schwurgerichtshöfe gehören. Mit der französisch-deutschen Auffassung des Geschworenenberufes ist es wohl nicht verträglich, Geschworene — statt, wie sonst, über die Schuldfrage im Ganzen — bloß über einzelne Punkte entscheiden zu lassen, so daß als Voraussetzung oder zur Ergänzung ihres Wahrspruches der ihrer Vorgänger bindende Wirksamkeit beisteht. Hiernach muß die neue Entscheidung entweder den rechtsgelehrten Richtern allein übertragen, oder auf die selbstständige Beurtheilung der ganzen Sache erstreckt, also im letzteren Falle völlige Wiederaufnahme der Untersuchung angeordnet werden.

B) Die Befugniß zu einer solch' durchgreifenden Verfügung hat der Gesetzgeber vermöge des Begnadigungsrechtes 1). Kraft desselben ist sie auch sonst gerechtfertigt, wo sie das Beste oder gar einzige Mittel ist, den Verurtheilten die Wohlthat des neuen Gesetzes zukommen zu lassen. So in denjenigen

1) Dabei versteht es sich von selbst, daß, wie sonst, die Gnade durch den allgemeinen Act eines Gesetzes ausgeübt werden kann. Die Gültigkeit der Urtheile wird dadurch, daß man den Strafnachlaß mit Bewußtsein auf bloße Gnade gründet, geradezu anerkannt; daher fallen hier die Gründe weg, welche vom rein rechtlichen Gesichtspunkt auf die oben S. 131 ff. entwickelte Beschränkung führen.

Fällen, in welchen sich nicht zuverlässig unterscheiden läßt, inwieweit die rechtskräftige Entscheidung lediglich durch das aufgehobene und wie weit sie durch noch geltendes Recht bedingt war; z. B. bei Aenderungen in den Strafausmessungsgründen und sonst im Maaße relativ bestimmter Strafen ohne die oben I. b. am Auf. genannte Voraussetzung. Stets aber darf die Wiederaufnahme der Untersuchung nur mit der Wirkung angeordnet werden, daß sie auf kein härteres als das frühere Ergebnis führe.

Sollte man als Gegengrund wider das Bisherige die Geschäftslast anführen, welche dadurch den Behörden verursacht werde, so gäbe es hierauf wohl keine bessere Antwort, als die Hinweisung auf die Humanität der Aufklärungsperiode. „Mit Freuden“, sagt das preussische Kammergericht in der ob. S. 69 angeführten Vorstellung von 1796, „werden wir die (aus der „Revision der früheren Acten) entstehende mehrere Arbeit übernehmen“¹⁾.

Wie oben bemerkt ist, besteht auch in dieser Frage die rückwirkende Kraft des neuen milderen Gesetzes nicht in Aufhebung des gültig Geschehenen, sondern nur in ändernder Einwirkung auf dessen Folgen, namentlich auf die Vollziehung der Strafe.

Diese Vollziehung kommt hiebei als besondere, und zwar künftige Staatsthätigkeit in Betracht. Wo sie bereits ganz geschehen ist, muß sie als etwas völlig Abgemachtes behandelt werden und kann schon deshalb von einer Pflicht des Staates zur Entschädigung nicht die Rede sein. Bei der Herabsetzung derjenigen Strafen, welche noch in der Verbüßung begriffen

sind, entsteht die Frage, um wie viel ihr Rest vermindert oder gemildert werden soll: ob um die ganze Differenz zwischen der alten und neuen Strafe, oder nur um den verhältnißmäßigen Bruchtheil dieser Differenz. Das Letztere ist vorzuziehen¹⁾, wo die Milde des Rechtes bloß die Strafe selbst betrifft (ob. I. b.), ohne daß jedoch die ältere als für ihre Zeit ungerecht betrachtet würde; hier liegt kein Grund vor, ihrem bisherigen Vollzug eine andere Wirkung beizulegen als die, welche durch das zu seiner Zeit geltende Recht begründet war: theilweise Tilgung der Strafbarkeit nach dem Verhältniß des vollzogenen Stückes zu der ausgesprochenen Gesamtstrafe. Wo dagegen der Gesetzgeber davon ausgeht, daß die Strafe schon bisher eine ungerechte war, oder wo die Schuldfrage eine andere Würdigung erhalten soll (ob. II. a.), muß die Verfühlung so getroffen werden, daß nun die ganze Strafe zusammen genommen derjenigen, welche nach dem neuen Gesetze zu erkennen wäre, möglichst gleich kommt: in dem zweiten Falle deshalb, weil eine und dieselbe That nicht zum einen Theile wegen höherer, zum andern wegen geringerer Verschuldung- oder gar aus den widersprechenden Gesichtspunkten zweier verschiedener Verbrechensbegriffe gestraft werden kann.

Die bisherige Untersuchung zeigt, wie den bestimmenden Einfluß auf unsere Frage je der besondere Inhalt des neuen Gesetzes ausüben soll. Schon deshalb ist es angemessen, diese Entscheidung den einzelnen Strafgesetzen vorzubehalten, nicht etwa, wie de Secus 1829 in den niederländischen Generalstaaten vorschlug, Milde des Strafrechtes überhaupt durch allgemeine gesetzliche Bestimmung die Wirkung beizulegen,

¹⁾ Eisenberg und Stengel, Beitr. Bd. III. S. 124. Vgl. auch Cassalle a. a. D. S. 359 (übertreibend).

¹⁾ So verfuhr im Wesentlichen das oben angef. württ. Gesetz vom 14. April 1855.

daß die rechtskräftig abgeschlossenen Untersuchungen wieder aufgenommen werden müssen.

Der Richter und Vollziehungsbeamte werden dadurch, daß das neue Gesetz ausdrücklich oder seinem Sinne nach seine milderen Bestimmungen auf die rechtskräftig erkannten Strafen angewendet wissen will, von der ob. S. 131 genannten regelmäßigen Folge der Rechtskraft entbunden. Aber freilich muß jene Absicht des Gesetzgebers bestimmt nachgewiesen sein, um eine so tief eingreifende Abweichung begründen zu können ¹⁾.

Hierbei kommt, wie bei der Auslegung überhaupt, zunächst die Wortfassung des neuen Gesetzes in Betracht. Wenn dasselbe z. B. eine bestimmte Strafart oder Schärfung für „aufgehoben“, „abgeschafft“ erklärt, können diese Worte schon dem gewöhnlichen Sprachgebrauche nach ausdrücken, daß jene überhaupt nicht weiter vollzogen werden sollte; ob sie Dieß wirklich bedeuten, hängt von der logischen Auslegung ab, und für die Bejahung werden schon allgemeine Anhaltspunkte genügen, welche sich aus den Motiven, dem Zwecke des neuen Gesetzes u. s. w. ergeben. Sagt dieses aber bloß, auf jene

1) Einige wenige Schriftsteller wollen das neue mildere Gesetz schon als solches, ohne jenes Erforderniß eines besonderen Nachweises »ipso jure« auf die rechtskräftig erkannten Strafen wirken lassen. So *Blondeau* S. 308 f., weil es das Urtheil des Gesetzgebers enthalte, daß der Mehrbetrag der bisherigen Strafe nicht durch hinreichende Vorteile gerechtfertigt wäre, *Rassalle* S. 354, weil der falsch gewordene Schluß (vgl. ob. S. 133. Anm. 1.) von jetzt ab von selbst cessire. Der Grund *Blondeau's* ist nichts Anderes, als eine Vermuthung über die Absicht des Gesetzgebers, reicht aber für sich allein zu dem obigen Resultat weit nicht hin. *Rassalle's* Begründung fällt mit seinem schon oben widerlegten Satze von dem Fallschwerden des Schlusses.

Der Umstand, daß das neue Gesetz das mildere ist, reicht für den Richter beßhalb nicht hin, weil er hier nicht, wie in den oben S. 113 ff. erörterten Fällen, zwischen der Anwendung der einen oder anderen Verfügung zu wählen, sondern eine der Regel nach unabänderliche Entscheidung außer Wirksamkeit zu setzen hätte.

Strafe oder Schärfung solle nicht mehr erkannt werden, so könnte jenes Resultat nur im Wege der ausdehnenden Auslegung oder Analogie durch besonders dringende Gründe gerechtfertigt werden.

Dieß gilt von dem ganzen Inhalte des Erkenntnisses gleichmäßig: von der Hauptstrafe wie von den sie begleitenden Nebenübeln. *Abegg* S. 488 f. und *Röstlin* S. 54 lit. b. wollen die letzteren von der Erlassung des neuen Gesetzes an überhaupt nicht weiter vollzogen wissen: *Abegg* beßhalb, weil der von ihm ausgeführte objectiv-rechtliche Gesichtspunkt sich als ein nothwendiger selbst gegen das Urtheil geltend machen müsse; *Röstlin*, weil es eine Selbstentehrung des Staates wäre, wenn er das formell verbiente Nebenübel noch zufügen wollte. Beide Gründe sollen allerdings den Gesetzgeber bestimmen, können aber für sich allein dem Richter die obige Ermächtigung, wo sie mangelt, nicht ersetzen. Immerhin wird auch er solchen Milderungen, gemäß ihrer Beschaffenheit, die Erstreckung auf rechtskräftig abgeurtheilte Sachen leichter beilegen können, als manchen anderen, z. B. der Aufhebung eines bisherigen Schärfungsgrundes: allein Dieß ist nichts den Nebenübeln Eigenthümliches, sondern gilt ebenso auch bei gänzlicher Aufhebung oder Umgestaltung selbstständiger Strafen und beruht in dem einen wie dem andern Falle lediglich auf der vermutheten Absicht des Gesetzgebers. Wenn z. B. ein Gesetz die körperliche Züchtigung abschafft, so ist für unsere Frage gewiß gleichgültig, ob damit die Prügel als selbstständige Strafe oder als Schärfung der Freiheitsstrafe oder in beiden Eigenschaften beseitigt sind; und die Entscheidung hängt in allen drei Fällen gleichmäßig davon ab, in welchem Umfange der Wegfall dieser Strafe als vom Gesetzgeber gewollt angenommen werden kann.

§. 32.

Fortsetzung.

Die Einföhrungsgefetze unserer Strafgefeszbücher verfagen deren mildernden Beftimmungen die Anwendung auf rechtskräftig abgeurtheilte Sachen.

S. bair. Gef. vom 16. Mai 1813. Art. 2, von 1861. §. 25;

R. fächf. von 1838. Nr. V, von 1855. §. 7;

württ. von 1839. Art. 2;

darmftädt. Art. 3 und arg. Art. 4 (vgl. unten);

braunfchweig. von 1840. §. V, in Verbindung mit den Motiven hiezu;

hannöv. von 1840. §. 7;

bad. von 1845. §. 6;

naff. von 1849. §. 3;

weimar., fonderfhauf., rudolft. je Art. 6. Abf. 2, meining., goth. und reuß. j. L. Art. 5. Abf. 2, koburg. arg. Art. 5;

preuß. von 1851. Art. VII, nebst Verfügung des Juftizminift. vom 25. Mai 1851;

öfterr. von 1803 a. G., von 1852. Art. IX;

frankf. von 1856. Art. 4;

oldenburg. von 1814. Art. III, von 1858. §. 31.

Nur drei Ausnahmen finden fich. Im württembergifchen Einföhrungsgefetze wurden die im St.G.B. abgeftellten fchärfungen der Freiheitsstrafen, im heffen-darmftädtifchen die körperliche Züchtigung (Art. 4) und für Rheinhessen die drückenderen Folgen des bürgerlichen Todes (Art. 6, 7) den Verurtheilten erlassen; und die thüringifchen Einföhrungsgefetze Art. 6, beziehungsweise 5, ließen die rechtskräftig

erkannten Strafen überhaupt in den Fällen nicht weiter vollziehen, wo das in Frage ftehende Verbrechen nicht mehr mit Strafe bedroht war ¹⁾.

Das entgegengesetzte Extrem bilden die zwei ob. S. 67 ff. angeführten Gefetze aus dem Ende des vorigen Jahrhunderts. Das franzöfifche Gefetz vom 3—8. Sept. 1792 giebt ausdrücklich dem Verurtheilten das Recht, um Aufhebung oder Verwandlung der Strafe zu bitten und verordnet für diese Fälle völlige gerichtliche Revision der Sache, sowie, falls der Code pénal auf mildere Strafe geführt hätte, abermalige Entscheidung nach dem neuen Recht. Hierbei wird nicht unterschieden, ob die Milderung des Rechtes die Strafbarkeit überhaupt, die Strafe unmittelbar oder irgend einen anderen Punkt betrifft, kein Vorbehalt über theilweise Aufrechterhaltung der früheren Entscheidung (vgl. oben S. 131 ff.) gemacht und die Strafe im Ganzen, nicht etwa bloß ihr noch nicht vollzogener Rest, der Aenderung unterworfen. Dieses rückhaltslose Durchgreifen erklärt sich ebensowohl aus der Größe der früheren Mißstände, als aus dem Charakter revolutionärer Gesetzgebung. — Das preußische A.L.R. spricht sich zwar nicht in gleicher Allgemeinheit aus, sondern nur dahin: „die Milderung der „in einem älteren Gesetz angedrohten Strafe solle auch Dem „jenigen zu Statte kommen, an welchem diese Strafe zur „Zeit der Publication des neuen Gesetzes noch nicht vollzogen „wäre.“ Allein aus der oben genannten Ministerialverfügung von 1851 scheint hervorzugehen, daß dieser Satz jedenfalls in dem obigen, weiten Sinne verstanden worden ist; denn sie setzt

1) Ebenso hatte das R. fächfische Gesetz über die Bestrafung der fleischlichen Vergehen u. f. w. vom 8. Febr. 1834 in §. 34 bestimmt, daß unter der obigen Voraussetzung auch mit Vollstreckung der erkannten und noch gar nicht oder nur theilweise verbüßten Strafen anzustehen sei. Vgl. Wächter, fächf. Strafr. S. 120.

entschieden voraus, daß „ihm zufolge sämtliche ergangene „Straferkenntnisse, welche noch nicht vollständig vollstreckt „worden, durch die Gerichte einer nochmaligen Revision und „Prüfung unterworfen werden müßten, welche nicht allein auf „das gerade vorliegende Verbrechen, sondern auch auf die in- „dividuelle Strafbarkeit zu richten sein würde.“ Auch ist es dem Geiste der Aufklärungsperiode gemäß, daß die formelle Rechtsbeständigkeit der durch älteres Gesetz bedingten Urtheile nicht als sonderliches Hinderniß betrachtet wurde.

Bemerkenswerth ist ferner der Vorschlag, welcher in den Niederlanden von einer Section der Generalstaaten 1829 gemacht wurde: in die Strafproceßordnung, die damals in Verathung stand, eine Bestimmung des Inhaltes aufzunehmen, daß Strafen, die zufolge früheren Gesetzen erkannt waren, gemäß den milderen Vorschriften des beabsichtigten St.G.B.'s abgeändert werden sollten ¹⁾. Die Regierung gieng hierauf nicht ein (s. unten).

Eigenthümliche Verhältnisse lagen zu Grund, als in Hannover eine „transitorische Verordnung über peinliche Sachen“ vom 20. Mai 1814. §. 4 Revision und beziehungsweise Cassation der Straferkenntnisse verfügte, welche von den Criminalhöfen der französischen und westfälischen Zwischenregierung nach französischem Recht oder in contumaciam gefällt worden waren ²⁾. Hier handelte es sich nicht schlechtweg um das Verhältniß neueren milderen Rechtes zum früheren, sondern um den Gegensatz des einheimischen, rechtswidrig aufgehobenen gegen ein ausländisches, das dem Land aufgedrängt worden war und dessen übermäßige, fremdartige Härte zumal das deutsche Rechtsbewußtsein vielfach beleidigen mußte. Dieß galt bei dem damaligen Stande der Ansichten namentlich von den

nach französischem Muster eingeführten Contumacialerkenntnissen, welche daher geradezu für cassirt erklärt wurden. Diejenigen Strafurtheile, die von den Appellhöfen nach französischen Gesetzen in contradictorio gefällt waren, sollten nur einer Revision nach den milderen einheimischen Gesetzen unterworfen und insbesondere sollten hiebei die Milderungsgründe der letzteren auch alsdann berücksichtigt werden, wenn Dieß im früheren Erkenntniß nicht geschehen wäre; im Uebrigen aber sollte das Factum so, wie es durch den Ausspruch der Geschworenen sich ergeben hätte, angenommen werden, insofern nicht noch eine Aufklärung besonders nöthig erschiene.

Vermöge der letzteren Bestimmung hält diese hannöversiche Verordnung die Mitte zwischen den beiden Extremen. Insofern kann ihr das württembergische Gesetz über Aenderungen im Maaß und in der Vollziehung der Freiheitsstrafen vom 14. April 1855 zur Seite gestellt werden. Die Gegenstände desselben freilich gehören nur zu den oben S. 134 lit. b. genannten, bei welchen die Milderung sehr leicht ausführbar ist, und den Anlaß zu derselben gab ein für unsere Lehre zufälliger Umstand. Ja, man glaubte, mit ihr von dem wissenschaftlich Richtigen abzuweichen ¹⁾ — ein Irrthum, der bei dem bisherigen Stande der Lehre leicht begreiflich ist. Die Wissenschaft hatte hier der Gesetzgebung nicht hinreichend vorgearbeitet. Fast alle Schriftsteller erkennen an, daß der Richter für sich allein nicht befugt sein könne, von dem Inhalte der rechtskräftigen Entscheidung abzugehen: so namentlich mit Ausnahme Lassalles alle Deutschen. Aber auf die legislative Seite der Frage giengen nur Wenige näher ein: so den Text S. 31—54, dessen durchgreifende Unterscheidung (s. ob. S. 85)

1) S. den Text S. 44—54.

2) S. Zachariae S. 83—86.

1) S. Verhandlungen der R. der Abgeordneten von 1855. Beil.-Bd. I. S. 462 f., Protok.-Bd. I. S. 609—614.

Seegeer, Abhandlungen. II.

sich namentlich hier fruchtbar erweist; ferner Wächter, Temme und Hälschner; mehr bloß angedeutet wird diese Seite von Zacharia S. 66 f. und Merlin ¹⁾. Abegg S. 488 und Köstlin S. 54 verweisen zur Ausgleichung der Widersprüche, welche sich ergeben können, auf die Begnadigung, und Köstlin behauptet — abgesehen von dem oben S. 141 Angeführten — ausdrücklich, es müsse sonst bei dem wirklichen Strafvollzug sein Bewenden haben. Diese letztere Ansicht war von der niederländischen Regierung gegenüber dem ob. S. 144 erwähnten Vorschlag damit begründet worden, daß die gegentheilige Entscheidung der Unverletzlichkeit der Rechtskraft widerspreche und das ausschließlich königliche Begnadigungsrecht dem Richter übertrage ²⁾. Allein da jene Mißverhältnisse allgemeine sind, so könnte, selbst wenn man ihre Beseitigung nur auf Rücksichten der Gnade stützen wollte, Nichts im Wege stehen, diese Maaßregel im Zusammenhange mit den anderen transitorischen Bestimmungen ins Gesetz aufzunehmen. Auch hier gienge die Begnadigung als allgemeine Maaßregel vom Staatsoberhaupt aus, das nicht gehindert sein kann, seine

1) S. v. Effet rétroactif §. XI. Nr. II. Blondeau hatte allgemein die sofortige Anwendung neuer Gesetze, „welche das Loos der Verurtheilten mildern“, verlangt, weil in diesen Fällen der Gesetzgeber geurtheilt habe, daß der Mehrbetrag der bisherigen Strafe nicht durch hinreichende Vortheile gerechtfertigt wäre. Hiegegen bemerkte Merlin, Dieß gelte nur für die von Blondeau vorzugsweise behandelte legislative Seite der Frage, nicht für das Verhalten des Richters, der nur durch besondere Verfügung des Gesetzgebers ermächtigt werden könnte, die rechtskräftig verhängten Strafen herabzusetzen (répertoire s. v. Effet rétroactif §. XI. Nr. II). Dabei bleiben im Wesentlichen auch Hélie S. 39 ff., 46, Morin S. 285, Trébutien S. 83 f., stehen; doch erwähnt Letzterer als vermittelnde Maaßregel die Begnadigung und rechnet zu dieser die ob. erwähnten Decrete der Nationalversammlung von 1792. Blondeau selbst bekannte sich in späteren Abdrücken seiner Erörterung ausdrücklich gegen Merlin zu der oben S. 140. Anm. 1 erwähnten Ansicht.

2) S. den Text S. 45 f.

Entscheidung mit den Formen des Gesetzes zu umgeben. So sagt denn Hälschner von seinem Standpunkt aus mit Recht: es sei nicht einzusehen, warum die Begnadigung zwar Dem gewährt werden solle, gegen welchen erst nach Publication des neuern milderen Gesetzes das Urtheil gesprochen werde, nicht aber Dem, gegen welchen zur Zeit der Publication eines solchen Gesetzes die früher verhängte Strafe überhaupt noch nicht oder nicht vollständig vollzogen sei (System S. 42). Wächter aber bezeichnet es als (rechtlichen) Grundsatz, „daß, wenn „der Gesetzgeber zur Ueberzeugung gelange, eine vom früheren „Recht für strafbar erklärte Handlung verdiene gar keine „Strafe, und er sie daher für straflos erkläre, es nicht ledig- „lich Sache der Gnade sei (welche an sich auch verweigert „werden könne), jener zum Gesetz gewordenen Ueberzeugung „in rechtskräftig entschiedenen Fällen Geltung zu geben, daß „vielmehr in solchen Fällen das neue Gesetz selbst den Mißgriff „des früheren Rechtes möglichst wieder gut zu machen und „daher zu bestimmen habe, daß das Urtheil nicht vollzogen „oder die bereits begonnene Vollziehung nicht fortgesetzt werde“ (sächf. Strafr. S. 120. Anm. 7). Temme fordert überhaupt als „unabweisliche Consequenz“ des allgemeinen Satzes von der rückwirkenden Kraft milderer Strafgesetze: diese müssen auch den bereits nach dem früheren Rechte Bestraften zu Statten kommen, in der Art, daß die erkannte Strafe durch ein nachträglicher Erkenntniß dem neuen Gesetze gemäß, soweit es angehe, noch gemildert oder gemindert oder ganz zurückgenommen werden müsse (Glossen S. 28, Lehrb. d. preuß. Strafr. S. 122).

Dritter Abschnitt.

Die einzelnen Anwendungen der Lehre.

Erste Abtheilung.

Handlungen, welche ganz der Vergangenheit angehören.

§. 33.

Änderungen der Strafgesetze betreffen bald die Verbrechen, bald die Strafen oder sonstigen Tilgungsgründe der Strafbarkeit: die Verbrechen theils als Handlungen, theils in Bezug auf die sonstigen Bedingungen ihrer Rechtswidrigkeit oder doch Strafbarkeit, die Strafen theils unmittelbar, theils in ihrer Anwendung auf die concreten Verbrechen.

Die Wirkung des milderen Gesetzes besteht entweder darin, daß die Strafbarkeit ganz wegfällt, oder in der Ersetzung der bisherigen Strafe durch ein anderes, kleineres Leiden.

§. 34.

Mildere Auffassung des Verbrechens.

Die Verschiedenheit in der Auffassung des Verbrechens bezieht sich theils auf die allgemeinen, theils auf die besonderen Merkmale des Thatbestandes.

A) Die ersteren sind einerseits die der Handlung als solchen, andererseits die sonstigen Bedingungen der criminellen Rechtswidrigkeit (und daher der Strafbarkeit).

I. Bei dem Verbrechen als Handlung ist sowohl die Möglichkeit der criminellen Schuld, als ihre Wirklichkeit, welche sich in Willen, That und dem Zusammenhange zwischen beiden darstellt, verschiedener Auffassung fähig. — Sämmtliche hierher

gehörigen Fragen nun sind allgemein wissenschaftliche. Wechselnde Verhältnisse wirken hier nicht, oder doch nur allmählig binnen sehr langer Zeiträume ein. Daher liegt im Wesen der hierher gehörigen milderen Gesetze ihre sofortige allgemeine Anwendung: mögen sie nun ein neues Erforderniß der Zurechnungsfähigkeit aufstellen, z. B. den Anfangspunkt der Altersreife höher hinaufrücken, oder zur Annahme der Fahrlässigkeit, des Dolus, des Versuchs, der Vollenbung, der Urhebererschaft oder Beihülfe Etwas fordern, was nach bisherigem Rechte hierzu nicht nothwendig war: z. B. beim Versuch abstracte oder etwa auch concrete Tauglichkeit des Mittels, Anfang der Ausführung, bei der Urhebererschaft das sog. unmittelbare Interesse an der That, so daß der Hauptgehilfe ausgeschlossen ist.

II. Dasselbe gilt gewöhnlich von den Gesetzen über die sonstigen Bedingungen crimineller Rechtswidrigkeit, beziehungsweise über die Gründe ihrer Ausschließung, d. h. über die Rechtmäßigkeit oder doch Straflosigkeit verletzender Handlungen, also besonders über Nothwehr, verbindlichen Befehl und Amtspflicht, Selbstbeschädigung, Verletzung Einwilligender oder im Nothstande. — Doch kann es hier der Sinn des Gesetzes sein, daß die Rechtmäßigkeit oder Straflosigkeit der Verletzung nur für künftige Handlungen gelte, mithin der oben §. 24 II., §. 28 B. erwähnte Gesichtspunkt eintrete: namentlich etwa, weil das zur Verletzung ermächtigende Recht erst jetzt eingeführt oder erweitert worden ist, z. B. die Befugniß untergeordneter obrigkeitlicher Diener zum Waffengebrauch.

B) In den Merkmalen des besonderen Thatbestandes liegt die Milde rung, wenn für die Verbrechensgattung, -Art oder -Stufe ein neues wesentliches Merkmal eingeführt wird: sei es ein Merkmal des Subjectes, z. B. bei Staatsverbrechen die Eigenschaft des Thäters als Landesunterthanen, oder des Objectes, z. B. bei Eigenthumsverbrechen das Erforderniß eines

Werthes, bei Nothzucht das ob. S. 89 ange deutete, oder der Handlung selbst (z. B. Offenlichkeit bei der Gotteslästerung), insbesondere der Vollendung (z. B. wirklicher Angriff beim Hochverrath).

Die Strafbarkeit fällt hier bald ganz, bald nur so weit weg, daß die Strafe einer niedrigeren Verbrechensstufe, Art oder Gattung, oder des Versuches u. s. w. noch anwendbar bleibt.

Auch hier wird das mildere Urtheil des Staates gemäß dem oben in §. 24 I. Ausgeführten meistens ein allgemein gültiges sein; nach der Besonderheit der Aenderung aber muß beurtheilt werden, ob es dieß wirklich ist oder der dort unter II, in §. 28 B. besprochene Gesichtspunkt eintritt.

§. 35.

Aufhebung und Milderungen der Strafe

sind im Allgemeinen der einfachste Fall in unserer ganzen Lehre und daher in früherer Zeit fast allein ins Auge gefaßt worden (vgl. ob. S. 78). Doch bestehen auch hier in der Casuistik einige Schwierigkeiten und Streitfragen.

A) In jedem Falle kann nur die eine oder die andere Strafe verhängt werden. Welche von ihnen die mildere sei, muß nach ihrer Gesamtgröße in der Anwendung auf die Umstände des concreten Falles und insbesondere auf die persönlichen Verhältnisse des Uebertreters beurtheilt werden ¹⁾.

1) Ausdrücklich verweisen die R. sächs. Verordnungen vom 31. März 1838, §. 2 und vom 18. Aug. 1855, §. 6 darauf, die beiderlei Strafen, so wie sie den Thäter nach den im vorliegenden Falle vorhandenen besonderen Umständen in ihrem Zusammenhange genommen treffen würden, zu vergleichen. Die thüringischen Einführungs Gesetze Art. 5 (beziehungsweise 3, 4) §. 1 bestimmen gleichfalls, es solle die in dem

I. Drohen die beiderlei Gesetze Strafen verschiedener Art, so entscheidet nicht bloß deren allgemeine durchschnittliche Schwere, sondern es muß auch die besondere, welche sie je für den Schuldigen haben, in Betracht gezogen werden. Unbedingt verweisen auf die erstere die sächsische Verordnung vom 31. März 1838, §. 3 und die thüringischen Gesetze Art. 5 (beziehungsweise 3, 4) §. 2, indem sie das Verhältniß der verschiedenen Strafarten „nach den Bestimmungen der neuen Gesetzbücher“ beurtheilt wissen wollen ¹⁾. — Die bloße Reihenfolge, in welcher die Strafarten, wenn gleich nach ihrer durchschnittlichen Schwere, in unseren Gesetzbüchern aufgeführt sind ²⁾, dient dem Richter für unsere Frage nur als regelmäßiger Anhaltspunkt, nicht als bindende Entscheidungsnorm. Selbst die niedrigere Strafart kann durch das Maaß, in welchem sie angewendet wird, oder durch die besonderen Verhältnisse des Uebertreters drückender werden, als die sonst schwerere. Es kann also nicht allgemein behauptet werden, daß die härtere Strafart auch bei kürzerer Bemessung ihrer Dauer strenger als die gelindere

betreffenden Falle zu erkennende Strafe eines Theils ganz nach den Bestimmungen des älteren Rechtes und andern Theils ganz nach denen des neueren Rechtes erwogen werden, folglich keine Verbindung der Grundsätze beider Gesetzgebungen eintreten.

1) Daneben wurde im Königreich Sachsen 1855 und in Meiningen die im sächsischen Criminalgesetzbuch von 1838 gebrochte Zuchthausstrafe zweiten Grades der nunmehrigen Zuchthausstrafe, in Coburg und Gotha die bisherige Correctionshausstrafe der jetzigen Arbeitshausstrafe gleichgestellt. S. R. sächs. Verordnung von 1855, §. 6. Abs. 3 und dagegen Wächter, sächs. Strafr. S. 120 f., ferner Meining, goth. und Coburg. Ges. je Art. 4. §. 2. Ebenso war in der R. sächs. Verordnung von 1838, §. 3. Abs. 2 bestimmt, daß jene Zuchthausstrafe zweiten Grades der früheren Zuchthausstrafe gleich zu achten sei.

2) In Württemberg z. B. führt der Art. 8 des St.G.B.s die Strafarten nur zum Theil nach ihrer Schwere auf. S. Husnagel, St.G.B. mit Anmerk. S. 14. §. 1.

wirke ¹⁾; ja nicht einmal, daß diejenige Strafe unbedingt die strengere sei, welche mehr als die andere eine Aufhebung oder Beschränkung der Ehre und der Ehrenrechte nach dem Gesetz oder der Volksanschauung mit sich bringe ²⁾. Ersteres ist nur da richtig, wo der Unterschied im Strafmaße nicht groß genug ist, um den ihrer sonstigen Schwere aufzuwägen; und was die gesetzliche Ehrenschmälerung betrifft, so hängt es von der Persönlichkeit, den bürgerlichen und staatsbürgerlichen Verhältnissen des Einzelnen ab, ob für ihn der ungeschmälerter Genuß der Ehrenrechte mehr Werth hat, als das Unterbleiben jeder anderen, wenn auch im Uebrigen noch so großen Strafe.

II. Das Ergebniß für den concreten Fall entscheidet ferner bei relativ bestimmten Strafdrakungen, wo diese auf der einen Seite verschärft, auf der andern gemildert worden sind: also bei denjenigen, welche dem Richter einen Rahmen geben, alsdann, wenn das Maximum erniedrigt und gleichzeitig das Minimum erhöht worden ist oder umgekehrt; bei alternativen, wenn die eine der Strafen, zwischen welchen der Richter wählen

1) So Goldammer, Materialien I. S. 12, Oppenhoff zu Art. IV. Nr. 13. Weit nicht so allgemein lautet eine von ihnen angeführte Entscheidung des Pariser Cassationshofes vom 26. Juli 1811. Die Strafen, um welche es sich dort handelte, waren einerseits nach dem Code von 1791. Th. II. Tit. 1. Sect. 4. Art. 8 zweijährige, infamirende Detention, andererseits nach dem Code von 1810. Art. 228 zwei- bis fünfjähriges Gefängniß ohne Ehrenfolge, und der Cassationshof sprach nur aus, daß bei der Entscheidung zwischen einer infamirenden und einer correctionellen Strafe augenscheinlich die letztere (als mildere) hätte angewendet werden sollen (recueil général S. 387). Ebenso Hélie S. 42 mit der allgemeineren Bemerkung, daß die Schwere der Strafen mehr nach ihrer Beschaffenheit als nach ihrer Dauer bemessen werden müsse.

2) So Temme, Glossen S. 25. Nr. 3, Lehrb. S. 121. Nr. III., Oppenhoff S. 8. Nr. 14. Hierauf bezieht sich auch das in der vorigen Anmerk. angef. Urtheil des französischen Cassationshofes. Gegen Oppenhoffs Nr. 15 kommt in Betracht, daß der §. 18 des St.G.B. das Verhältniß der Geld- und Gefängnißstrafen nicht im Allgemeinen, sondern nur für die besonderen Fälle regelt, wo das St.G.B. selbst zwischen beiden wählen läßt.

soß, durch eine geringere, die andere durch eine höhere ersetzt ist. Der erstere dieser beiden Fälle hat als der häufigere schon mannfache Besprechungen gefunden, und die richtige Entscheidung ist am besten von Hälschner S. 43 f. vertheidigt worden. Die wissenschaftlich richtige Ansicht, wornach die Strafe jeder zwischen dem höchsten und niedrigsten Grade liegenden Schuld mit gleichmäßiger Berücksichtigung des ganzen Strafrahmens, also des Minimum und Maximum, bemessen werden soll, führt darauf, daß beim Ueberwiegen der Straferhöhungsgründe das Gesetz mit dem niedrigeren Maximum, im entgegengesetzten Falle das mit dem niedrigeren Minimum als milderer anzuwenden ist. Keineswegs darf jene gleichmäßige Berücksichtigung so verstanden werden, daß in jedem einzelnen Falle das Gesetz angewandt werden müsse, dessen Rahmen durchschnittlich der niedrigere ist. Bei dieser Auffassung würde die rückwirkende Kraft des durchschnittlich milderen Gesetzes für manche Fälle eine Verschärfung enthalten, wie z. B. ein französisches Zuchtpolizeigericht in einem Falle niedrigerer Strafbarkeit das neue Minimum von 11, statt des bisherigen von 3 Franken Geldbuße anwandte ¹⁾.

1) Der Cassationshof vernichtete durch Erk. vom 1. Febr. 1833, ohne sich über unsere Frage zu äußern (recueil général 1833. S. 809—811). Ungeachtet der erheblichen Gründe, welche gegen die obige Ansicht geltend gemacht wurden (s. das. S. 810) wird sie doch von den neueren französischen Schriftstellern gebilligt, weil man nicht die beiden Strafproportionen combiniren dürfe: so von Hélie S. 46, Morin S. 286, Trébutien S. 83. Allein wenn man in dem einen Rechtsfalle das alte niedrigere Minimum, in einem anderen Falle das neue kleinere Maximum überwiegend berücksichtigt, so liegt hierin keine Combination: insofern haben Goldammer, Materialien I. S. 12. Nr. 1, Berner S. 53 f. jedenfalls Recht, und vielleicht wollten sie nur Dies sagen, während dem Letzteren von Hälschner S. 44 ob. eine weiter gehende Ansicht beigelegt wird. Die angeführten Franzosen erkennen richtig an, daß dem Angeklagten nicht gleichzeitig das geringere Maximum und Minimum zu gut kommen dürfe, wollen aber nicht den materiellen Erfolg für den einzelnen Fall,

Nun kommt es aber in der Praxis nicht selten vor, daß sie wenigstens bei gewissen Verbrechen, z. B. in Württemberg namentlich bei den zwei häufigsten, Diebstahl und Ehrenkränkung, in der Strafausmessung überhaupt ganz vorzugsweise vom Minimum ausgeht; und die Gesetzgeber selbst nöthigen bisweilen fast zur Festhaltung dieses unrichtigen Verfahrens dadurch, daß sie eben mit Rücksicht auf es absichtlich die Minima in solcher Höhe androhen, wie sie dem Maasse mittlerer Verschuldung entsprächen. Unter dieser gegebenen Voraussetzung muß das Gesetz, welches das niedrigere Minimum droht, gewöhnlich als das mildere behandelt werden.

III. Die Gesamtheit des Verhältnisses zwischen der besonderen Schwere der beiderlei Strafen muß auch da entscheiden, wo die eine von ihnen in dem einen, die andere in einem anderen Punkte die härtere ist. Hierbei faßt man gewöhnlich den Fall ins Auge, wo die beiderlei Gesetze mehrere, neben einander zu verhängende Strafen drohen, z. B. Ehrenschmälerung und Gefängniß, und in dem neuen Gesetz die eine derselben erhöht, die andere erniedrigt ist ¹⁾. Dasselbe wie dort

sondern den „Charakter der That“ (je nachdem sie correctionelles Vergehen oder bloße Polizeiübertretung sei) und in Ermangelung dieses Merkmales das Maximum entscheiden lassen, weil dem Minimum nach dem System der mildernden Umstände keine feste Bestimmtheit zukomme. Hiernach müßte z. B., wenn eine Strafandrohung von 5—20 Jahren Zwangsarbeit auf den Rahmen von 10—12 Jahren verengert wäre, in Fällen, wo die Strafe bisher 5, 6 Jahre u. s. w. betragen hätte, nun regelmäßig auf mindestens 10 Jahre erkannt werden, „weil (nicht obgleich!) dem Angeklagten „das neue mildere Gesetz zu Statte kommen müsse.“ Uebrigens meint Morin S. 286, die Frage sei so delicat, daß der Cassationshof deshalb am 1. April (?) 1833 einen Ausspruch darüber vermieden habe (hierunter ist vermutlich eben jenes Urtheil vom 1. Febr. verstanden).

1) S. die richtigen Entscheidungen des preussischen Obertribunals von 1851 in Beseleers Commentar S. 603—605, Oppenhoffs St.G.B. S. 7 zu Art. IV. Nr. 8. Vgl. Gönner und Schmidtlein Jahrb. I. S. 35 f., Wegg im N. Arch. Bd. XIII. S. 491 ff., Hölle S. 44 f., Berner S. 55 f., Hälschner S. 43. Anm. 3.

muß aber auch gelten, wo die an sich mildere Strafart durch ihre Vollziehungsweise entweder überhaupt oder doch für den Uebertreter zur drückenderen wird, z. B. eine Freiheitsstrafe durch Beschäftigung im Freien.

B) Wo die Strafe des älteren Rechts als die mildere anzuwenden wäre, kann das Bedenken obwalten, daß der Gesetzgeber jene Strafe jetzt ihrem ganzen Wesen nach für verwerflich hält oder daß neben den neu errichteten Strafanstalten nicht wohl andere fortbestehen können. In diesen Fällen kann das Gesetz die Verwandlung der verwirkten Strafe in eine der Größe nach gleiche des neuen Rechtes anordnen ¹⁾. Ebenso kann es, da in einer Anstalt nicht wohl zweierlei Hausordnungen neben einander angewendet werden können, in diesem Punkte die früheren Uebertreter der neu eingeführten Behandlung unterwerfen ²⁾: wo sie die härtere ist, unter Ausgleichung durch einen Abzug an der Strafe ³⁾.

1) Solche Bestimmungen enthielt die sächsische Verordnung von 1838 §. 5. Abs. 2, das württ. Einführungs-gesetz Art. 4. Abs. 2 und das braunschweigische §. VI.

2) Württ. Einführungs-ges. Art. 4. Abs. 2, braunschw. §. VII., württ. Ges. vom 14. April 1855. Art. 1, 3, 7—9, 12.

3) Württ. Ges. vom 14. Apr. 1855 a. a. O. Der Art. 11 desselben Gesetzes gab einer härteren neuen Bestimmung — der Ausdehnung des Vollzugs der Kreisgefängnißstrafe im Zuchtpolizeihaus — rückwirkende Kraft, indem er hievon die früheren Uebertreter nicht ausnahm. Andererseits lag eben hierin für die übrigen Kreisgefangenen eine Milde, indem sie von einer schlechten Gesellschaft befreit wurden. Eine allgemeine Milde — nicht, wie es auf den ersten Blick scheinen könnte, eine Verschärfung — bestand darin, daß nach Art. 10 dieses Gesetzes Disciplinarübertretungen der Strafgefangenen, auch wenn sie früher verübt waren, mit einsamer Einsperrung in ihrer jetzigen längeren Dauer (Art. 10) gerügt werden können: denn sonst hätte, statt auf die längere Dauer dieser gelindesten Disciplinarstrafe, auf eine andere erkannt werden müssen (vgl. St.G.B. Art. 39, Ges. vom 17. Juni 1853. Art. 11, 12).

**Fortsetzung. Strafausmessungs- und Minderungsgründe,
insbesondere der Rückfall.**

Sofortige Anwendung finden unter den allgemeinen Vor-
aussetzungen des §. 24 I., §. 28 B. diejenigen Gesetze, welche
Strafmilderungs- oder Minderungsgründe einführen oder deren
Berücksichtigung weiter ausdehnen, Strafschärfungs- oder Er-
höhungsgründe aufheben oder in ihrer Wirksamkeit beschränken.
Entgegengesetzte neue Bestimmungen — also Aufhebung der
Milderungsgründe u. s. w. — sind auf die früheren Ueber-
tretungen nicht anwendbar.

Bei denjenigen Handlungen aber, welche unter der Herr-
schaft des neuen Gesetzes verübt sind, müssen Schärfungs- und
Erhöhungsgründe unbedingt nach diesem beurtheilt werden.

Dies Letztere gilt insbesondere vom Schärfungsgrunde des
Rückfalls in Bezug auf seine Erfordernisse und seine Behandlung.

A) Die jetzige Behandlung des Rückfalls ist begründet,
auch wenn die früheren Uebertretungen unter der Herrschaft
des früheren, wenn gleich in jener Hinsicht gelinderen Gesetzes
begangen und bestraft worden waren ¹⁾. Denn der Schär-
fungsgrund des Rückfalls gilt dem neuen Verbrechen; er beruht

¹⁾ Ausdrücklich entschieden so das bairische Rescript vom 10. Dec.
1814. Z. 1 u. 3 (Gönnner und Schmidlein, Jahrb. I. S. 185, 187),
das braunschweigische Patent §. VIII, das preussische Einfüh-
rungsgesetz Art. VI und die sächsische Praxis. S. Gönnner u. Schmid-
lein a. a. O. S. 177—185, den Text S. 43, Berner, Wirkungskreis
S. 61—63. Die Verhandlungen über den angef. preussischen Art. f. bei
Goldammer, Materialien I. S. 15, 16. — Eine abweichende Ansicht
ist das, und in den gönnner-schmidleinschen Jahrbüchern S. 180 mitgetheilt;
der richtigen folgt auch der französische Cassationshof — arrêt v. 20. Juni
1812 und vom 16. Nov. 1815 (Devilleneuve, recueil IV, 1. S. 129,
V, 1. S. 114; vgl. Hélie S. 422).

auf der in diesem bethätigten höheren Energie des verbrecheri-
schen Willens — mag man nun diese mit Hälschner §. 110 f.
aus dem Gesichtspunkte der Gewohnheit oder des Hanges zu
Verbrechen auffassen ¹⁾ oder das überwiegende Gewicht auf die
Unverbesserlichkeit oder Gefährlichkeit des Thäters, seinen Trotz
gegen das Gesetz, die Ueberwindung eines besonderen Abhal-
tungsgrundes legen.

B) Erfordert wird hiernach zur Behandlung des neuen
Verbrechens als Rückfalls:

I. daß die That, wegen welcher die frühere Verurtheilung
erfolgt war, vom neuen Gesetze noch als rechtswidrig und
strafbar anerkannt ist. Wenn sie dies nicht ist, so kann der
früheren Verurtheilung nicht die Wirkung beigelegt werden, daß
sie wegen eines Verbrechens im Sinne des jetzigen Ge-
setzes erfolgt sei. Nicht die im früheren Strafurtheile liegende
Warnung für sich allein, sondern das mehrmalige verbrecherische
Handeln in Verbindung mit jener besonderen Warnung be-
gründet die Strafe des Rückfalls; und die Wirkung verbreche-
rischen Handelns konnte das Gesetz nicht für die Zukunft einer
solchen That beilegen wollen, welche es selbst als rechtmäßig
oder doch straflos betrachtet wissen will. In solchem Falle
trifft vom Standpunkte des neuen Gesetzes auch der oben ge-
nannte Grund der Rückfallsstrafe, namentlich die Annahme
verbrecherischer Gewohnheit oder eines verbrecherischen Hanges
nicht zu.

Gleichwohl hat das preussische Obertribunal in zweierlei
Fällen — bei den Erfordernissen der Zurechnungsfähigkeit und
des Versuches — die entgegengesetzte, strengere Ansicht auf-

¹⁾ Diese Auffassung zeigt sich in der Anordnung des unten II, 1 an-
zuführenden Erfordernisses und ist eben bei diesem Anlaß z. B. in den
preussischen Motiven von 1850 ausgesprochen. S. Goldammer's Ma-
terialien I. S. 463.

gestellt. In mehreren Erkenntnissen von 1851 und 1852 wurde ausgesprochen, es mache keinen Unterschied, ob in den früheren Fällen die Bedingungen des Verfahrens auch in Beziehung auf das Alter des Verbrechers nach dem neuem St.G.B. vorhanden gewesen seien oder nicht; der über den Rückfall erkennende Richter habe nicht zu prüfen, ob die früher abgeurtheilte That von dem damals noch unter 16 Jahren alten Angeschuldigten mit Unterscheidungsvermögen verübt worden sei ¹⁾. Ebenso in einem anderen Urtheil von 1851: der §. 59 des St.G.B. müsse dahin ausgelegt werden, daß auch jede unter der Herrschaft des früheren Strafgesetzes erkannte Versuchsstrafe den Rückfall begründe, selbst wenn der damalige Versuch nicht die Voraussetzungen des §. 31 des St.G.B. dargeboten hätte. Ueberhaupt nimmt das Obertribunal nach der Begründung des letzteren Erkenntnisses an, daß durch den Art. VI. des preussischen Einführungsgesetzes, wenn nur von demselben Verbrechen die Rede sei, jede Untersuchung, ob nach den Grundsätzen des St.G.B. in den früheren Fällen auf Strafe erkannt worden sein würde, abgeschnitten sei ²⁾.

II. Zu den Erfordernissen des Rückfalles gehört nach unsern Strafgesetzbüchern u. A.:

1) Gleichartigkeit des Verbrechens, wegen dessen die frühere Verurtheilung erfolgt war, mit dem jetzigen. Das österreichische und preussische Recht haben dieses Erforderniß noch enger gefaßt, indem sie vorangegangene Verurtheilung wegen desselben Verbrechens (oder Vergehens) verlangen ³⁾.

1) Goldammer's Arch. I. S. 74 f.

2) Goldammer's Arch. I. S. 75 f. Nr. 3. Dieselbe strenge Ansicht hat der französische Cassationshof — arr. v. 11. u. 20. Jun. 1812, vom 16. Nov. 1815 (Devilleneuve recueil IV, 1. S. 120, 129; V, 1. S. 114) — u. f. w. und Hélie S. 422, sowie ben Tex S. 44.

3) Ebenso das bairische St.G.B. von 1818. Art. 111 (durch Art. 8 des Gesetzes vom 29. Aug. 1848 aufgehoben), wogegen das St.G.B. von

Als gleichartig, beziehungsweise als dasselbe Verbrechen können hierbei schon nach den Worten dieser Bestimmungen nur diejenigen Handlungen gelten, welche je das Gesetzbuch selbst als gleichartig, beziehungsweise als Fälle desselben Verbrechens anerkennt. War der Angeklagte früher wegen einer anderen That verurtheilt, so bezog sich das Erkenntniß eben nicht auf ein gleichartiges oder dasselbe Verbrechen im Sinne des jetzigen, allein anwendbaren Gesetzes; und hieran wird dadurch Nichts geändert, daß etwa gemäß einem früheren weiteren Umfange desselben oder eines gleichartigen Verbrechensbegriffes dieser auch auf andere Handlungen angewendet worden war, z. B. der Begriff des Diebstahls auf Entwendungen an stehendem Waldbolz, an Wild oder an Fischen aus fließendem Wasser ¹⁾. Dasselbe folgt aus dem Grunde des ob. bezeichneten Erfordernisses. Dieses beruht darauf, daß die verbrecherische Gewohnheit oder der Hang zu Verbrechen sich regelmäßig in einer bestimmten, beschränkten Richtung äußert. Indem das Gesetz Gleichheit oder Gleichartigkeit der Verbrechen verlangt, will es den Rückfall nur angenommen wissen, wo Gewohnheit oder Hang gerade zu denjenigen Verbrechen, die es

1861 keine allgemeine Bestimmung über den Rückfall enthält (vergl. Verh. des Gesetzgebungs-Ausschusses der R. d. Abg. von 1856—57. S. 238 über Art. 90 des Entwurfes).

1) Vgl. preuß. St.G.B. §§. 273—277 mit A.L.R. II. 20. §§. 1145, 1147. Nach anderen Gesetzen hängt in gleicher Weise die eigenthümliche Behandlung des Rückfalls in den Diebstahl davon ab, daß die früher abgeurtheilte That ein wirkliches, criminelles Diebstahlsverbrechen war. So ist in Württemberg nur unter dieser Voraussetzung der Art. 28 des Gesetzes vom 13. Aug. 1849 anwendbar, und genügten z. B. bei der Verurtheilung eines 1852 verübten Diebstahls schon aus diesem Gesichtspunkte die Vorstrafen nicht, welche die Angeschuldigten vor 1849 wegen ersten und wiederholten, nicht über einen Gulden betragenden „Felddiebstahls“ erlitten hatte (vgl. Ges. vom 13. Aug. 1849. Art. 26 mit St.G.B. Art. 328. Z. 3 und, rüdsichtlich der älteren Praxis, Knapps württemb. Strafr. S. 332 f.)

zu derselben Art oder Gattung rechnet, durch wiederholte Verübung solcher bethätigt ist ¹⁾).

Das preussische Obertribunal will schon genügen lassen, „daß der Tenor der Vorentscheidung dasselbe Verbrechen bezeichnete, welches wiederum vorliege, und hält es für unstatthaft, frühere, unter der Herrschaft des älteren Strafgesetzes vorgekommene und rechtskräftig abgeurtheilte Straffälle einer Beurtheilung zu unterziehen, ob und welches Vergehen die „in dem Tenor des früheren Erkenntnisses nach ihrer damaligen rechtlichen Qualification bezeichnete That nach dem neuen „Strafgesetze darstelle“ ²⁾. Allein Gewohnheit, Hang zu einem

1) Vgl. Köstlin, Syst. S. 623 und besonders Hälschner S. 418, 422 f., ob. S. 157. Anm. 1.

2) Goldammer, Arch. I. S. 75. 3. 2, S. 388; II. S. 388—394. „Solche früher abgeurtheilte Handlungen“, sagt das Obertribunal, „seien durch die rechtskräftige Aburtheilung auch in Bezug auf künftige Wirkungen der letztern der Einwirkung des neuen Gesetzes entzogen und nur nach „Maassgabe jener rechtskräftigen Aburtheilung aufzufassen; die frühere Verurtheilung sei der Kritik des Richters des neuen Falls ebensowenig ausgesetzt, wie der Inhalt des Strafgesetzes; er dürfe das eine so wenig als „das andere prüfen, sondern müsse sich in beiderlei Beziehungen an den „Inhalt des früheren Erkenntnisses halten.“ — Ebenso behauptet Schwarze im N. N. 1857. S. 375—377, daß hier die Grundsätze von der Rechtskraft und der Unantastbarkeit richterlicher Entscheidungen einschlagen. Der Richter sei bei Beantwortung der Frage, ob Rückfall vorliege, zu einer Kritik der früheren Erkenntnisse nicht befugt. Das frühere Erkenntnis sei eine abgeschlossene, in sich fertige und einer solchen Kritik entzogene Thatfache, und der gegenwärtig erkennende Richter bilde keine zweite Instanz in der bereits beendigten Untersuchung. Durch die frühere Entscheidung stehe die Thatfache fest, daß der Verurtheilte z. B. eines Diebstahls sich schuldig gemacht habe. Eine Vergleichung der Begriffsbestimmungen beider Gesetze sei daher unzulässig und der Rückfall vorhanden, wenn der Verbrecher dasselbe Verbrechen nochmals begehe, obschon vielleicht beide Gesetze in der Begriffsbestimmung nicht harmonisiren. . . Auch das Gesetz könne nicht ein rechtsbeständiges Erkenntnis nachträglich in seinen wesentlichen Bestandtheilen negiren und ihm, gleichsam per actionem, andere Aussprüche unter-schieben.

bestimmten Verbrechen des Strafgesetzbuchs ist durch dessen einmalige Verübung sicherlich auch dann nicht dargethan, wenn der Angeklagte früher unter der nämlichen Bezeichnung wegen einer anderen That verurtheilt war, d. h. wegen einer solchen, die das St.G.B. nicht zu jenem Verbrechen zählt. Das Ober-

Aus dem Obigen ergibt sich, daß dieser Einwand eines Verstoßes gegen die Rechtskraft auf die strengere Ansicht zurückfällt.

Zu eng gefaßt war allerdings die Bedeutung der Rechtskraft in dem sonst durchaus richtigen Erkenntnis des Frankfurter Appellationsgerichtes bei Goldammer N. I. S. 386—388, indem sie nur auf die von dem früheren Richter festgestellten Thatfachen, die factischen Elemente des Urtheils bezogen und von dem rechtlichen Charakter dieser Thatfachen behauptet wurde, daß er immer nur für die Zeit der rechtskräftigen Entscheidung und der Urteilsvollstreckung festgestellt sei. Durch das Erkenntnis ist unbedingt und für alle Zukunft nicht bloß die Thatfache festgestellt, daß der Angeklagte diese oder jene Handlung verübt, sondern auch die rechtliche Folge, daß er sich hiemit des damals angenommenen Verbrechens im Sinne des damaligen Gesetzes schuldig gemacht hat. Indessen will das Appellationsgericht nur darthun: in die Zukunft reiche die Gesetzgebung und die zeitige Auffassung des Richters über den rechtlichen Charakter der von ihm festgestellten Thatfachen mit einer so zwingenden Fortwirkung nicht hinein, daß im Falle einer später vorgekommenen strafbaren Handlung des früher Verurtheilten und bei einer nunmehr dadurch nothwendig gewordenen nochmaligen Beachtung jenes der entlegenen Vergangenheit angehörigen festgestellten Thatbestandes und nochmaliger Würdigung desselben, sogar auch dann jener früher gesetzlich bestimmt gewesene Charakter als gegenwärtig immer noch bestehender angenommen und dadurch dem früheren Gesetze ein Fortleben, eine noch dauernde Rechtswirkung, singirt werden müßte, wenn inzwischen die Gesetzgebung sich gänzlich geändert und jenen festgestellten Thatbestand das neuere Strafgesetz als eine nominell und materiell von der früheren Gesetzesbestimmung durchaus verschiedene strafbare Handlung charakterisire, oder gar für eine völlig straflose anzusehen gebiete (Goldammer, N. I. S. 386—388). Gegen diese Entscheidung wendet das Obertribunal (das. II. S. 391) ein, der innere Grund der Rückfallsstrafe liege nicht in der früheren Begehung desselben Verbrechens oder Vergehens, sondern in der rechtskräftigen Verurtheilung: in Wahrheit aber liegt er in beiden zusammen, und man darf ebensowenig mit dem Obertribunal auf die geschehene Verurtheilung einseitig alles Gewicht legen, als es zulässig wäre, bloß auf die Wiederholung der That zu sehen.

tribunal selbst geht auf den Grund der höheren Rückfallsstrafe zurück und findet diesen darin, „daß der, welcher, nachdem „die Zucht der Obrigkeit ihn persönlich getroffen habe, oder „nachdem er die specielle Manifestation der Gerechtigkeit erfahren habe, doch in derselben Beziehung sich gegen „die Gerechtigkeit vergehe, einen größeren Ernst der „Gerechtigkeit zu erfahren habe.“ „Gegen ihn“, wird gesagt, „vereinigen sich zwei Factoren: das verletzte Strafgesetz und „die frühere Verurtheilung. Von diesen beiden Factoren sei „der erstere aus dem Inhalte des Strafgesetzes, der andere „aus dem Inhalte des rechtskräftigen Straferekenntnisses zu „schöpfen“ ¹⁾. Allerdings; aber dieser Inhalt besteht ja nicht etwa bloß in der abstracten Bezeichnung der Strafart, sondern in der Feststellung der concret bestimmten That, welcher der Verurtheilte sich schuldig gemacht hatte; z. B., im Falle des Obertribunals, der rechtswidrigen Aneignung von Fischen aus fließendem Wasser. Ergiebt sich hieraus, daß das frühere Vergehen nach jetzigem Rechte nicht dasselbe ist wie das neue, so ist durch jene Vorstrafe unserem Erforderniß des Rückfalles nicht genügt, und darf also auch die Wirkung nicht eintreten, welche durch dieses Erforderniß wesentlich bedingt ist. Eben hiemit wird — was das Obertribunal verlangt — die rechtskräftige Verurtheilung, so wie sie von der Obrigkeit herkommt, genommen; es wird Nichts „kritisiert, ge- „ändert, negirt, unterschoben“, sondern das Urtheil einfach als das, was es ist, behandelt. Der Verbrechensbegriff, z. B.

1) Angeführt zwar, aber nicht wirklich berücksichtigt wird hierbei gerade der Grund der Rückfallsstrafe, welcher nach den Motiven von 1850 für das obige Erforderniß entschied und ebendeshalb für die Auslegung desselben in erster Linie in Betracht kommen sollte: nämlich die Auffassung des Rückfalls aus dem Gesichtspunkt „einer besonderen Neigung zur „Begehung einer gewissen Art strafbarer Handlungen“ (s. oben S. 157. Anm. 1).

Diebstahl, konnte dort nur Dasjenige bedeuten, was das damalige Gesetz darunter verstand; wollte man Dieß sofort als mit dem jetzigen Begriffe gleichbedeutend behandeln, so läge gerade hierin eine Unterschlebung.¹⁾

2) In den Ländern, nach deren Gesetzbüchern der Begriff des Rückfalls durch den Ablauf einer bestimmten Frist seit der Verkündigung des früheren Urtheils oder der Abbüßung, beziehungsweise Erlassung der Strafe ausgeschlossen wird ²⁾, ist ein neues Gesetz, welches diesen Erfolg, z. B. durch Abkürzung der Frist, erleichtert, sofort unbedingt anwendbar. Dieß entspricht den unten in §. 38 anzuführenden Sätzen der meisten Einführungsgeetze über Verjährung, aus deren Gesichtspunkte jene Bestimmung in den Gesetzen aufgefaßt ist ³⁾: — übrigens

1) Eine richtige Entscheidung badischer Gerichte s. in den Annalen derselben Bd. XIX. S. 82 f. (gegen Bd. XVIII. S. 261 f., XIX. S. 61. 3. 2) — angeführt auch in Goldammer's Arch. II. S. 386—388, Temme's N. II. S. 9. In Baden kommt zu den obigen Gründen allerdings noch die besondere Befugniß des Richters, die früheren Erkenntnisse in einer anderen Hinsicht, nämlich rücksichtlich ihrer Rechtmäßigkeit, zu prüfen, insofern sich erhebliche Zweifel darüber darbieten (St.G.B. §. 186). Indessen ist durch das Obige hinlänglich dargethan, daß die mildere Entscheidung unserer Frage noch keineswegs, wie das preussische Obertribunal annimmt, mit einer solchen Prüfung auf einer Linie steht.

2) S. preuß. St.G.B. §§. 60, 219, 240; oldenburg. Art. 57, 202. §. 2, 221. §. 2; württ. Art. 126 in Verbindung mit 131, 133; braunschw. §. 71; thüring. Art. 74 in Verbindung mit 73; sächf. von 1855. Art. 84. Abs. 2 in Verbindung mit 110, 115. Abs. 1; bad. §§. 200—202; hess. Art. 103 in Verbindung mit 125; nass. Art. 98 in Verbindung mit 124. Vgl. Köstlin Syst. S. 512 f. Nr. 5, S. 629 f.; Hälschner Syst. S. 419, 424; Goldammer Mater. I. S. 470—472.

3) Für das preussische und oldenburgische Gesetz. ergiebt sich Dieß aus den Verhandlungen über den angef. §. 60 des ersteren (s. Goldammer Mat. I. S. 470, Abegg im N. Arch. 1851, II. Beil.-Heft S. 43). Das württ., hess. und badische verweisen ausdrücklich auf die Verjährung, das braunschweigische und thüringische stellen den obigen Satz bei Gelegenheit der Verjährung auf, und das sächsische

auch der Natur der Sache, da Vorstrafen aus ferner Vergangenheit nicht mehr auf erhöhte Energie des verbrecherischen Willens, und vollends nicht auf Gewohnheit und Hang zu Verbrechen schließen lassen ¹⁾).

Gleichgültig ist, ob jener Zeitraum unmittelbar, oder durch Verweisung auf eine der allgemeinen Verjährungsfristen bestimmt ist. Hierbei können auch solche Gesetzesänderungen einwirken, welche zunächst andere Gegenstände betreffen: so nach dem hessischen, nassauischen und sächsischen St.G.B. die Umwandlung einer von Amtsz wegen strafbaren That in ein Antragsverbrechen, z. B. die Ausscheidung des nur auf Klage zu untersuchenden Betrugs in Vertragsverhältnissen vom gemeinen Betrug ²⁾).

Sollte durch das neue Recht die obige Frist verlängert oder ihre Wirkung sonst erschwert worden sein, so dürfte hierauf nach der Mehrzahl unserer Einführungs Gesetze gemäß dem ersten der beiden ob. angeführten Gründe die Annahme eines Rückfalls nicht gestützt werden — wogegen freilich nach der Natur der Sache hier im Allgemeinen anders zu entscheiden wäre.

§. 37.

Gesetze über Tilgung der Strafbarkeit.

Die Gründe, welche in den bisher besprochenen Fällen die rückwirkende Kraft neuer härterer Gesetze ausschließen (ob. §. 26), passen nicht sofort im Allgemeinen auf solche Bestim-

bezeichnet ihn ausdrücklich durch „Rückfallsverjährung“. Theoretische Einwendungen s. bei Rößlin Syst. S. 512.

1) Vgl. Hälschner System S. 424.

2) S. hessisches St.G.B. Art. 103, 125. 3. 2—4, 392. Abs. 2; nassauisches Art. 98, 124. 3. 2—4; sächsisches Art. 84. Abs. 2, 286; Abs. 2.

mungen, wodurch eine bisher zulässige Tilgungsweise der Strafbarkeit aufgehoben oder erschwert wird. Der Thäter könnte sich hiegegen nicht darauf berufen, daß die Strafe nach dem zur Zeit der That geltenden Rechte nicht verwirkt und nicht zu erwarten gewesen, sondern nur, zutreffenden Falles, darauf, daß die Strafbarkeit kraft des alten Gesetzes, also noch unter dessen Herrschaft, wirklich getilgt worden sei. Hatte dieses Gesetz eine bloße, noch nicht als Recht verwirklichte Hoff-
nung auf Tilgung der Strafbarkeit begründet, so ist hieran der Gesetzgeber nicht gebunden.

Doch können im Wesen des Tilgungsgrundes, daher im Geist und Sinne des neuen Gesetzes selbst besondere Bedenken wider dessen Anwendung auf die Vergangenheit enthalten sein.

Jedenfalls aber unterliegt diese bei milderen neuen Bestimmungen keinem Anstande ¹⁾).

Besonders kommt die Verjährung und der Mangel einer Klage in Betracht.

§. 38.

Fortsetzung. Die Verjährungsgesetze insbesondere.

A) Auf den ersten Blick könnte es scheinen, als müßten Aenderungen der Normen über die strafrechtliche Verjährung nach der ob. in §. 23 aufgestellten Grundregel behandelt, mithin auf die Vergangenheit angewendet oder nicht angewendet werden, je nachdem das Eine oder Andere dem Thäter günstiger sei. So entschieden in der That nicht

1) War die Strafbarkeit einmal — sei es auch unter der Herrschaft eines in dieser Hinsicht milderen „Zwischengesetzes“ (s. ob. §. 30) — rechtlich getilgt, so kann sie durch das neue Gesetz nicht wieder aufleben, der Beteiligte hat hier ein Recht auf Straflosigkeit gültig erworben.

bloß der französische Cassationshof und namhafte Schriftsteller ¹⁾, sondern auch die überwiegende Mehrzahl unserer deutschen Einführungsgesetze ²⁾.

Gleichwohl ist jene Ansicht, so sehr sie dem äußeren Ebenmaaß unserer Lehre zu entsprechen scheint, nicht die wissenschaftlich richtige.

Völlig abgeschlossene Verjährungen allerdings soll das neue Gesetz nicht wieder in Frage stellen, weil durch jene der Betheiligte ein wirkliches Recht auf Straflosigkeit erworben hat.

Solche Gesetze ferner, welche die Verjährung einführen oder erleichtern, können unbedenklich auch auf alle früheren Verbrechen — nach Umständen mit Ausnahme der oben in §. 24 II., §. 28 B. genannten — angewendet werden.

Aber für den umgekehrten Fall, wo die Verjährung durch das neue Gesetz aufgehoben oder erschwert ist, läßt sich nicht sofort im Allgemeinen das Gegentheil behaupten. Durch die Verübung des Verbrechens hat der Thäter die Strafe verwirkt, welche im damaligen positiven Rechte begründet war ³⁾.

1) Berner, Wirkungskreis S. 56 ff.; Röslin, Syst. S. 53, sowie fast alle belgischen und französischen Schriftsteller: Merlin, répert. s. v. Prescription, Sect. I. §. III. nr. XII. (Bd. XII. S. 697—703; Rauter, traité du droit crim. Bd. II. S. 553 f. (§. 852 a. G.); Hélie, traité de l'instruction criminelle Bd. III. (Paris 1848) S. 693; Hoorebefe, traité des prescriptions en matière pénale (Brüssel 1847) S. 186—204; Cousturier, traité de la prescription en matière criminelle (Brüssel 1849) chap. XV. nr. 150. S. 395—408; Trébutien S. 86—89; Arrêts des Cassationshöfe zu Paris vom 18. Juni 1812 in zwei Fällen, Johann vom 5. Sept. 1812 u. f. w. (recueil général IV. 1. S. 127 f., 187 f. u. f. w.)

2) A. M. Zachariä, rückw. Kraft §§. 31—33; Wächter, sch. Strafr. S. 118 f. Anm. 3, S. 121. Anm. 12, S. 123 f., sowie der Cassations- und der Appellhof zu Brüssel in bei Hoorebefe S. 191 ff. angeführten Erkenntnissen vom 13. und 25. März 1838.

3) S. unten B.

3) Schon Zachariä bemerkt in §. 33, der Staat folge durch An-

Die Einwendung, daß er die härtere Behandlung, welche das neue Gesetz aufstellt, zur Zeit seiner That nicht habe erwarten können (s. ob. S. 96), hätte hier nur den Sinn: er habe gehofft, unentdeckt zu bleiben und hiedurch der Strafe zu entgehen. Eine derartige Erwartung aber als solche bildet gewiß keine rechtliche Schranke der Strafgewalt; rechtlich beschränkt ist diese durch das Verjährungsgesetz nur für die Fälle, wo dessen Erfordernisse zur Zeit seiner Herrschaft vollständig erfüllt werden. Indem also der Staat die noch nicht eingetretene Verjährung ausschließt oder erschwert, legt er sich allerdings, wie Zachariä S. 33 bemerkt, keine neuen Rechte bei, sondern wahrt er sich nur die Ausübung der alten; nur die Beseitigung einer rechtlichen Schranke, nicht die einer bloßen Hoffnung, wäre Vermehrung der Rechte ¹⁾. Will man diese Wahrung mit Zachariä als Protestation des Gesetzes gegen den Ablauf der Verjährung bezeichnen, so kann man Dies immerhin, ohne darum die positiv-rechtlichen Erfordernisse der gewöhnlichen, processualischen Unterbrechung verlangen zu müssen ²⁾. Daß von Berner S. 59 angerufene Recht des

wendung des neuen Verjährungsgesetzes dem Verbrecher wegen des verübten Verbrechens durchaus nicht mehr Unheil zu, als er wirklich verdient habe. Hiegegen wendet zwar Berner S. 58 f. ein, „Dies könnte man auf alle neuen härteren Strafgesetze anwenden und damit den Grundsatz der „Rückwirkung“ für dieselben ganz aufheben; daß der Staat dem Verbrecher die härtere Strafe eines späteren Strafgesetzes auferlegte, würde immer noch milder hart sein, als daß er ihn in dem Augenblicke überhaupt noch strafe, wo das Verbrechen nach den zur Zeit der Begehung herrschenden Gesetzen schon getilgt sei.“ Allein der wesentliche Unterschied zwischen beiderlei Fällen ist der oben im Text angedeutete.

1) A. M. Berner S. 59: „Das alte Recht erlaubte dem Staate „doch die Bestrafung nur innerhalb gewisser Schranken; und wenn der Staat diese Schranken erweitert, so vermehrt er allerdings seine Rechte.“

2) Berner wendet S. 59 ein: „die Bedingungen der Interpellation, „zu der eine ganz bestimmte Richtung der obrigkeitlichen Thätigkeit gegen „einen einzelnen Verbrecher gehöre, seien doch hier nicht erfüllt.“ Allein

Bürgers, daß seine Handlungen „nur nach der Strenge derjenigen Gesetze bestraft werden können, unter deren Herrschaft sie begangen wurden“, bezieht sich gemäß Berner's eigener Begründung (§. 50) nicht auch darauf, daß bloße Hoffnungen auf Tilgung der Strafbarkeit unbedingt geschont werden müßten.

Dagegen folgt allerdings aus einer allgemeinen Aenderung der Verjährungsgesetze noch nicht mit Nothwendigkeit, daß der Gesetzgeber nach der neuen Norm auch frühere Thaten behandeln müsse. Vielmehr hat er durchaus freie Hand, hiebei rein die Gesichtspunkte entscheiden zu lassen, aus welchen er die Verjährung überhaupt aufstellt. — Hiernach gestaltet sich für ihn, je nach seiner Grundansicht, die Frage über die Erfordernisse der Verjährung näher so: unter welchen Umständen, insbesondere nach welcher Zeit kann angenommen werden, daß das Andenken an die That oder ihre verletzende Qualität aus dem allgemeinen Rechtsbewußtsein getilgt, daß der verbrecherische Wille im Innern des Thäters aufgehoben sei? nach welcher Zeit muß eine Verdunkelung des Beweises, insbesondere des Vertheidigungsbeweises, befürchtet werden 1)?

es handelt sich hier nicht um die gewöhnliche Unterbrechung durch eine richterliche Handlung, wozu allerdings dieses Erforderniß gehören würde, sondern um eine hieran nicht gebundene Protestation des Gesetzgebers. Freilich läßt sich die Sache von dieser Seite nur unter der Voraussetzung auffassen, daß man bei Erlassung des Gesetzes an die im Laufe begriffenen Verjährungen mindestens gedacht habe.

1) Diese Rücksicht auf den Beweis muß, wie Hälschner §. 532 mit Recht gegen Röllin hervorhebt, vom Gesetzgeber wohl beachtet werden: nicht bloß deshalb, weil der Anschuldigungs- und namentlich der Entschuldigungsbeweis durch den Zeitablauf erschwert wird, sondern auch weil ein nach solchem scheinbar hergestellter Anschuldigungsbeweis innerlich, besonders in Rücksicht auf das Erinnerungsvermögen der Zeugen, nicht die erforderlichen Bürgschaften der Zuverlässigkeit bietet (vgl. insoweit Kleinschrod im N. Arch. I. §. 206).

Die preussische Gesetzgebung legt sogar das entscheidende Gewicht eben auf die durch den Zeitablauf bewirkte Erschwerung des Beweises

Hiebei wird der Gesetzgeber theils durch sein eigenes Urtheil über die Schwere des Verbrechens, theils durch die Rücksicht auf sonstige, ihrem Wesen nach wandelbare Voraussetzungen geleitet. Grünbete sich das neue Verjährungsgesetz einzig auf jenes Urtheil des Gesetzgebers als solches, so müßte ihm Anwendbarkeit auf frühere Handlungen in allen den ob. §. 24 I., §. 28 A. besprochenen Fällen beigelegt werden, dagegen für die in §. 24 II., §. 28 B. bezeichneten das bisherige Recht noch fort-dauern. Die anderen Rücksichten aber sind so beschaffen, daß ihnen zwar häufig zu Gunsten, aber nicht leicht zu Ungunsten des Abzurtheilenden Wirksamkeit verliehen werden darf.

Die Frage, ob der Ablauf einer längeren oder kürzeren Zeit erforderlich sei, um das Andenken an die That oder ihre verletzende Eigenschaft aus dem allgemeinen Rechtsbewußtsein zu tilgen, beurtheilt der Gesetzgeber mit nach dem ihm bekannten oder mutmaßlichen Stande der öffentlichen Meinung. Sein eigenes Urtheil über die Schwere des Verbrechens kommt hier nicht unmittelbar deshalb, weil er sie so schätzt, in Betracht, sondern weil er daraus auf die Volksansicht schließt. Wenn er den Zeitgenossen eine längere Erinnerung an neue Verbrechen zutraut, folgt hieraus nicht dasselbe auch für diejenigen, welche früher unter anders bedingten Verhältnissen, zur Zeit einer anderen Anschauungsweise begangen waren 1):

(Goldammer, Materialien Bd. I. §. 381 f., Beseler, Commentar §. 197, 198; dagegen Wegg im N. Arch. 1848. §. 27—31, 1851. II. Beil.-H. und in der Schrift Ueber die Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen [Breslau 1862] §. 67—72; Schwarze im N. Arch. 1843. Beil.-H. §. 62 f.); die Mehrzahl unserer Gesetzbücher aber schenkte den beiden anderen Gesichtspunkten ebensosehr Beachtung: theils ausdrücklich — so die württ. Motive §. 114, die braunschweigischen zu Art. 71, 72, die badischen Motive und der Commissionsbericht bei Thilo, Commentar §. 205 ff. —, theils jedenfalls thatsächlich durch Ausdehnung der Verjährung auf die rechtskräftig erkannten Strafen.

1) Man bedenke z. B., wie rasch in Folge von Aenderungen der poli-

denn sicher werden auf solche die gegentheiligen, das Andenken länger erhaltenden Umstände und Ansichten der Gegenwart vom Volke nicht übertragen. Die Annahme eines rascheren Vergessens aber muß gewöhnlich auch den früheren Thaten gelten, da die Erinnerung an diese und ihre Strafwürdigkeit durch spätere mildere Ansichten und entschuldigende Verhältnisse leicht verdrängt wird. Ähnlich im Ergebnis verhält es sich nach Umständen bei der Verdunkelung der Beweise. Ob längere oder kürzere Zeit auf die Zuverlässigkeit der Anschuldigungs-, auf die Erhaltung der Entschuldigungsbeweismittel gerechnet werden kann, hängt vielfach von besonderen, zeitlich wechselnden Verhältnissen und Einrichtungen ab. Daher kann eine für die Gegenwart angemessene Zeitgränze zu weit gesteckt sein, um auch auf die Vergangenheit mit voller Sicherheit angewandt werden zu können — wogegen umgekehrt jetzige Verhältnisse, welche die Beweismittel rascher verwischen, diese Wirkung gewöhnlich auch in Bezug auf frühere Begebenheiten haben werden. Hiezu kommt, daß die in der längeren Verjährungsfrist liegende besondere Aufforderung zu erhöhter Sorge für Erhaltung der Vertheidigungsbeweismittel in dem bisherigen Gesetze nicht gegeben war, und insofern wenigstens in manchen Fällen das Bedenken, daß der Bürger sich auf das neue härtere Gesetz nicht gefaßt zu machen hatte (vergl. oben S. 96), mit praktischer Bedeutung eingreift. — Was endlich die Rücksicht auf mutmaßliche Besserung des Angeschuldigten betrifft, so wird den Gesetzgeber hier zwar überwiegend sein Urtheil über die Schwere des Verbrechens leiten; doch können auch Verhältnisse, welche erst nach der That eintraten, jener Vermuthung zur Unterstützung gereichen oder im Wege stehen

tischen Verhältnisse manche früher verübte Staatsverbrechen und ihre Strafwürdigkeit vergessen werden.

und im letzteren Falle bei der Beurtheilung früherer Thaten jedenfalls nicht mit voller Wirkung in Anschlag gebracht werden. Uebrigens wird wohl schwerlich irgend ein Gesetzgeber die Verjährung auf die Annahme der Besserung für sich allein gründen.

Die Gesichtspunkte, aus welchen der Gesetzgeber die Verjährung behandelt, müssen auch über die Anwendung solcher Gesetze entscheiden, wodurch etwa gewisse Verbrechen ausnahmsweise für unverjährbar erklärt, oder ein neues Erforderniß der Verjährung aufgestellt, oder Gründe ihrer Unterbrechung eingeführt, aufgehoben oder anders bestimmt würden. In keinem Fall übrigens soll die Verjährung durch solche spätere Verbrechen gehindert oder unterbrochen werden, in deren Zeit das Gesetz den Ablauf der Frist allein ohne derartige Rücksicht auf Wohlverhalten zur Vollendung der Verjährung genügen ließ und daher der Thäter nach dem damaligen Rechte jene Folge nicht erwarten konnte; denn hiemit würde in Bezug auf jenes spätere Verbrechen die oben S. 96 erwähnte Rücksicht verletzt.

Nicht wohl vorkommen wird eine gesetzliche Aufhebung aller oder doch der Untersuchungs-Verjährung. Dagegen muß ein Gesetzgeber, welcher als einzigen Grund der Verjährung die Rücksicht auf die Verdunkelung des Beweises anerkennt, die Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen verwerfen und folgerichtig gemäß dieser seiner Ansicht auch die früher begangenen und abgeurtheilten Thaten behandeln.

B) Die Mehrzahl unserer Einführungsgesetze hat entschieden, daß die neuen Bestimmungen über Verjährung, wo sie dem Angeklagten günstiger sind, auf die Vergangenheit angewendet werden sollen, im gegentheiligen Fall aber nicht. Ausdrücklich verordnen Dieß das braunschweigische Patent §. VIII., die badischen Einführungsgesetze von 1845 (§. 6) und von 1851 (§. 7), das preussische Art. V. Dasselbe

Ergebniß wird durch die Fassung der Grundregel begründet in Württemberg Art. 2, Hessen Art. 3, Nassau S. 3, Frankfurt Art. 4, Koburg Art. 4. Abs. 2, Oesterreich Art. IX., Sachsen S. 6. Abs. 1, Oldenburg Art. 31. S. 1, Baiern (1861) Art. 25. Abs. 1 ¹⁾. Keine Entscheidung enthalten die ob. S. 72—74 unter Z. 1 und 3 angeführten Gesetze, und Wächter nimmt deshalb von den thüringischen an, daß nach ihnen auch die unter dem alten Rechte begangene Handlung, wenn während seiner Herrschaft die Verjährung noch nicht wirklich eingetreten war, in Bezug auf diese nach dem neuen Gesetze beurtheilt werden müsse, auch wo dieses das strengere ist ²⁾.

C) Wo der Gesetzgeber unsere Frage unentschieden gelassen hat, muß der Richter aus den obigen Gründen im Allgemeinen das neue Verjährungsgesetz anwenden — es müßte denn das Gegentheil aus dem Sinn und Geiste des neuen Gesetzes als Wille desselben besonders nachgewiesen werden können ³⁾.

1) Ebenso die niederländische St.P.D. Art. 465 (Constitut a. a. D. S. 403); anders ein belgisches Gesetz vom 29. Febr. 1832. Art. 5 u. 6 (f. Hoorebeke a. a. D. S. 187 ff.).

2) Sächf. Strafr. S. 123 f., in Verbindung mit S. 118. Anm. 3. S. 121. Anm. 12. Dagegen folgern die französische Doctrin und Praxis die ob. erwähnte mildere Ansicht aus der allgemeinen Regel (f. ob. S. 75. Anm. 1, 76), obwohl das Decret von 1810 seinen Worten nach (*«néanmoins si la nature de la peine prononcée par le nouveau code pénal était moins forte»* etc.) auf die Verjährung gleichfalls nicht bezogen werden kann. Früher hatte der Cassationshof bei Verlängerungen der Verjährungsfrist jeden Theil derselben nach dem Gesetze, unter dessen Herrschaft er fiel, berechnet (f. Merlin, Hoorebeke und Cousturier an den ob. S. 166. Anm. 1 angef. Stellen).

3) Vgl. Bauer, Lehrb. des Strafr. S. 103. Anm. a. a. E.

§. 39.

Gesetze über Klage und Klageverzicht.

Wird bei einer Handlung, welche bisher nur auf Klage des Beschädigten bestraft werden konnte, dieses Erforderniß durch ein neues Gesetz aufgehoben, so schließt zwar die bloße Hoffnung des Thäters, durch Unterbleiben der Klage der Strafe zu entgehen, die nunmehrige Verfolgung von Amts wegen nicht aus: die Klageverzichte aber, welche unter der Herrschaft des alten Rechtes schon gültig erfolgt waren, müssen ihre Wirksamkeit behalten.

Wird umgekehrt eine bisher von Amts wegen strafbare Handlung zum Antragsverbrechen gemacht, so kann und soll diese Milde in der Regel sofort auch den früheren Verbrechen zu gut kommen.

Die meisten unserer Einführungs Gesetze erkennen den letzteren Satz unbedingt und ausdrücklich an ¹⁾; schon aus dem Wortlaute der Grundbestimmungen folgt für Hessen-Darmstadt, Nassau, Frankfurt, Oldenburg und wohl auch für Preußen dasselbe Ergebnis, und für alle genannten Gesetze die Anwendung des älteren Rechtes in den seltenen Fällen, in welchen nur dieses eine Klage gefordert hatte, das neue aber Verfahren von Amts wegen vorschreibt ²⁾. Die letztere milde

1) Das braunschw. S. IX., weimar., sondershaus., rudolst. je Art. 9, meining., reuß. und koburg. Art. 6, goth. Art. 7, R. sächf. (1855) S. 8, bad. von 1845. S. 7 und von 1851 S. 8 verlangten zur Fortsetzung der Untersuchung einen positiven Antrag des Beschädigten und ließen demselben hiezu eine Frist anberaumen (f. Wächter, sächf. Strafr. S. 121. Z. 6, S. 123). Das württ. Ges. Art. 3 ließ den Beschädigten zur Erklärung, ob er auf Fortsetzung der Untersuchung verzichte, auffordern.

2) Z. B. nach dem sächsischen St.G.B. von 1855. Art. 174, vgl. mit

Bestimmung kann, ähnlich wie in dem entsprechenden Falle die über Verjährung, durch die Gesichtspunkte gerechtfertigt sein, aus welchen der Gesetzgeber das Erforderniß der Strafflage betrachtet.

Hatte dasselbe freilich keine wesentliche Bedeutung darin, dem Beschädigten oder der Familie die Nachtheile einer Untersuchung zu ersparen, so kann diese Rücksicht im Grunde nicht länger, als das Gesetz sie anerkennt, auf die Behandlung auch früherer Verbrechen wirken. Anders aber verhält es sich mit den im Verbrechen selbst liegenden Gründen, welche den Gesetzgeber gleichfalls zur Ausschließung des Verfahrens von Amts wegen bestimmen können. Als solche gelten bekanntlich: bei einzelnen Verbrechen, z. B. bei der Ehrenbeleidigung, die Rücksicht, daß die Verletzung überwiegend den Beleidigten und nur mittelbar, in untergeordneter Weise, auch die Gesamtheit selbst treffe; bei anderen Vergehen, z. B. bei einfachen Unterschlagungen, bei Betrug in Vertragsverhältnissen, die Verletzung mit Privatrechtsgeschäften und die nahe Verwandtschaft mit dem bloß bürgerlichen Unrecht; endlich wohl auch geradezu die Geringfügigkeit der Uebertretung. Ob nun diese Annahmen bei bestimmten Handlungen zutreffen oder nicht — Dieß hängt mit von zeitlich wechselnden Zuständen und Volksansichten ab. Je nach der Festigkeit der öffentlichen Ordnung ist das Gemeinwesen selbst bei gewissen Handlungen mehr oder weniger betheiligt, je nach dem Stande der Volksansichten über das im Verkehre schlechthin vorauszusetzende Maas von Redlichkeit ¹⁾ wird die Gränze des strafbaren Unrechtes gegen das bürgerliche enger oder weiter gezogen, mehr verwischt oder bestimmter

dem Gr. G. B. von 1838. Art. 135, bei leichten Körperverletzungen an Versuchwägerten in aufsteigender Linie und an Pflege- und Wahlkellern (Wächter, sächs. Strafr. S. 121. §. 7).

1) Vgl. Geib, im R. Arch. 1840. S. 97—134, 195—222.

festgehalten; und welchen Einfluß die wechselnden Zeitverhältnisse sonst auf die Schwere der Verbrechen haben, ist schon oben mehrfach, besonders in §§. 24 II., 28 B., gezeigt worden. Wo nun durch einen Wechsel in diesen Dingen eine Handlung ihren Charakter so verändert hat, daß in Folge hievon ihre Bestrafung von Amts wegen gesetzlich angeordnet worden ist, muß es bezüglich der früher verübten doch bei dem alten milderen Gesetze sein Bewenden haben. Nicht Dasselbe kann, soweit die thatsächliche Volksansicht entscheidet, von dem älteren strengen Recht im umgekehrten Falle gesagt werden, da das Volk immer geneigt ist, die mildere Anschauung der Gegenwart auch bei der Beurtheilung früherer Thaten walten zu lassen.

Diese Gesichtspunkte entscheiden zunächst für den Gesetzgeber; mittelbar aber, soferne sie als von diesem anerkannt betrachtet werden können, auch für den Richter.

§. 40.

Das Gesamtverhältniß der Gesetze rücksichtlich ihrer Strenge.

A) Bei der Verschiedenheit der Beziehungen, worin die größere oder geringere Strenge der Gesetze liegen kann, muß die Frage, welches von ihnen das strengere sei, nach der Gesamtheit ihrer Wirkungen auf den concreten Fall beurtheilt werden.

Wie bei den Strafen, so ist auch im Allgemeinen nur zwischen der Anwendung des einen oder des andern Gesetzes die Wahl, und eine Combination beider ausgeschlossen ¹⁾ —

1) Ausnahmslos bestimmen Dieß die R. sächsischen und die thüringischen Einführungs Gesetze an den ob. S. 150 f. Anm. 1. angeführten Stellen. Vgl. über die preussische Praxis Oppenhoff zu Art. IV.

es läge denn diese im Sinne des neuen Gesetzes selbst ¹⁾. Letzteres wird freilich da, wo beide Gesetze auf der allgemeinen Ansicht über das Verbrechen und die Strafe beruhen (ob. §. 24 I, §. 25) nicht wohl vorkommen. Denkbar ist es aber in den Fällen, wo entweder die milderen Bestimmungen des älteren oder die härteren des neuen Gesetzes auf besonderen Zeitverhältnissen beruhen (vgl. oben §. 24 II). War z. B. ein Vergehen zur Zeit seiner Verübung lediglich wegen der damaligen Verhältnisse minder strafwürdig, als es jetzt, unter den Verhältnissen der Gegenwart, wäre, so kann die hierauf beruhende mildere Strafandrohung des älteren Rechtes bei der Bestimmung der Strafe zu Grunde gelegt und dennoch ein anderweitiger milderer Satz des neuen Rechtes — z. B. über geringere Strafbarkeit des Versuches, der Beihilfe im Verhältniß zur Vollenbung oder Urheberchaft — mit berücksichtigt werden.

B) Bleibt es zweifelhaft, ob eines und welches der beiden Gesetze strenger sei, als das andere, so sollte nach der Natur der Sache stets das ältere angewendet werden. Denn überwiegen muß hier die Rücksicht, daß man sonst Gefahr lief, ein Grundrecht der Person (s. ob. §. 26) zu verletzen. — Würde freilich unsere Lehre in der üblichen Form von Regel und Ausnahme (s. ob. §. 22) gefaßt, so müßte schon deshalb, also möglicher Weise des bloßen Buchstabens wegen, im Zweifelsfalle die Regel eintreten ²⁾: also nach den oben

Nr. 7—11, 17 und überhaupt Hälschner S. 44 f., Goldammer Material. S. 14, 3. 7.

1) Diese Beschränkung macht Temme, Glossen S. 25, 26, Lehrb. des preuß. Strafr. S. 122 geltend — jedoch ohne die erforderliche nähere Bestimmung und, wie aus seinem Arch. I. S. 54. Anm. hervorgeht, jedenfalls in zu weitem Umfang.

2) Wächter, sächs. Strafr. S. 123. Nr. 10 und Anm. 15, oben S. 71.

§. 72 ff. Nr. II. 1—3 genannten Gesetzen das neue ¹⁾, nach den §. 74. Nr. III. genannten das ältere Recht ²⁾.

§. 41.

Authentische Auslegungen.

Ueber die Wirksamkeit authentischer Auslegungen entscheiden die allgemeinen, aus deren Wesen hervorgehenden Sätze auch im Strafrecht.

Der Richter muß daher solche Auslegungen überall anwenden, sollten sie auch auf ein härteres Ergebnis führen, als das im alten Rechte seinem eigentlichen Sinne nach begründete. Sollte der Gesetzgeber die Form der Auslegung absichtlich dazu gewählt haben, ein neues Recht aufzustellen, so ändert Dieß jene Verpflichtung des Richters nicht — außer wenn nachgewiesen werden könnte, daß die Unwahrheit eine harmlose war, d. h. die neue Bestimmung nach dem Sinne des Gesetzes selbst nur für künftige Thaten gelten sollte.

§. 42.

Anwendung des neuen Gesetzes in Folge eingelegter Rechtsmittel.

Das Hinderniß, welches die Rechtskraft nach dem ob. in §§. 31, 32 Ausgeführten der Einwirkung neuer Gesetze gemäß unseren positiven Rechten und theilweise schon nach der Natur der Sache entgegenstellt, liegt nicht auch in solchen Erkennt-

1) Ausdrücklich verfügen Dieß die thüringischen Gesetze Art. 5 (beziehungsweise 3, 4) Nr. 3. Wächter a. a. O. S. 124.

2) Ueber das sächsische Gesetz Art. 4. Nr. 3 s. Wächter a. a. O. S. 124.

Seeger, Abhandlungen. II.

nissen, gegen welche noch Rechtsmittel zulässig sind. Hat gleich der Richter, welcher in Folge der letzteren entscheiden soll, seine regelmäßige Aufgabe nur darin, die Nichtigkeit des ersten Urtheils entweder im Allgemeinen oder rücksichtlich bestimmter Beschwerdepunkte zu prüfen, so ist doch unbestreitbar der Gesetzgeber befugt, diesen Wirkungskreis zu erweitern, ohne daß hierin (wie bei der Aufhebung rechtskräftiger Urtheile, s. ob. S. 31) ein Eingriff in den richterlichen Beruf läge. Demgemäß bestimmt die überwiegende Mehrzahl unserer Einführungsgesetze ausdrücklich, daß den Strafgesetzbüchern in demselben Umfange, wie überhaupt, auch bei der Entscheidung in Folge eines Rechtsmittels rückwirkende Kraft zukommen solle ¹⁾.

Wo dem Richter eine solche Ermächtigung zur Anwendung des neuen milderen Gesetzes nicht ausdrücklich erteilt ist, wird sie für die Fälle, in welchen er zur Aufhebung oder Abänderung des früheren Urtheils processualisch befugt ist, im Zweifel durch den Sinn des neuen milderen Strafgesetzes begründet, soferne diesem die Bedeutung eines allgemeinen Verzichtes auf die bisherige strafrechtliche Behandlung innewohnt. Dieß gilt also bei der gemeinrechtlichen Appellation unbedingt ²⁾,

1) R. sächs. Verordn. von 1838. S. 1, von 1855. S. 7; barmst. S. 3; hannöv. S. 7; braunschw. S. V.; bad. Ges. von 1845. S. 6, von 1851. S. 7; thüring. S. 6, beziehungsweise 3, 5; nass. S. 3; frankf. S. 4.

2) A. M., mindestens für das österreichische Recht, der Cassationshof zu Wien in einem Erkenntniß vom 11. Nov. 1852: „Wenn man das Wesen und den Zweck des Rechtsmittels der Berufung auch nur einer oberflächlichen Beurtheilung unterziehe, so könne es keinem Zweifel unterliegen, daß sich der Art. IX. des Einf.-Gesetzes vom 27. Mai 1852 nur auf solche Untersuchungen beziehen könne, worüber auch in erster Instanz ein Urtheil noch nicht erlossen sei.“ S. Temme's Arch. I. S. 48 und dagegen das. die Ann. des Herausgebers. — Die Nov. 115. Cap. 1 bezieht sich auf Civilprocesse und Privatrechtsgesetze, beruht in ihrem tieferen Grund auf der Umbildung der Privatrechte durch das Urtheil und

bei der Nichtigkeitsklage des neuesten Strafprocesses, z. B. nach preussischem Recht, alsdann, wenn das angegriffene Urtheil wegen Verletzung wesentlicher Processvorschriften oder des bisherigen materiellen Strafgesetzes vernichtet wird ¹⁾. Da hier jedenfalls ein neues Erkenntniß gefällt werden muß, so kann es bei diesem so wenig, wie sonst, dem Sinne des Gesetzgebers entsprechen, daß eine härtere, als die nach seiner jetzigen Ueberzeugung gerechte Strafe verhängt werde. Dagegen reicht das bloße Erscheinen des milderen Gesetzes zur Begründung der Nichtigkeitsklage nicht hin; diese muß in Ermangelung der oben angedeuteten Nichtigkeitsgründe verworfen werden ²⁾, und man kann nicht einmal einwenden, daß dadurch eine vom Staat als ungerecht erkannte Strafe bestätigt werde, da jene Verwerfung der Beschwerde überhaupt nicht als Bestätigung des Erkenntnisses aufzufassen ist ³⁾.

hat selbst dort nur die Bedeutung einer Auslegungsregel, weshalb ihre Anwendung in den Fällen, welche allein mit dem unserigen verglichen werden könnten, ausgeschlossen ist. S. Savigny, System VIII. S. 510, 511, 519 mit der von Wächter, Beil. zu Pandektenvorles. (1857) beigefügten Einschränkung:

In Württemberg heißt die Appellation Recurs und gilt daher von diesem ganz das Obige.

1) Würde freilich nur das Urtheil des Schwurgerichtshofes unter Aufrechterhaltung des Wahrspruchs vernichtet, so ist in denjenigen Punkten, deren Entscheidung den Geschworenen vorbehalten ist, z. B. in Bezug auf die Annahme mildernder Umstände, kein Raum mehr für die Anwendung des neuen Gesetzes. Oppenhoff, preuß. St.G.B. zu Art. IV. Nr. 18.

2) S. die Erl. des preuß. Obergerichtshofes in Goldhammers Arch. IV. S. 689, und bei Oppenhoff a. a. O. Nr. 18.

3) Vgl. Planck, Strafverf. S. 518 u., 519 ob.

Zweite Abtheilung.

Handlungen, in deren zeitlichen Verlauf der Wechsel des Gesetzes fällt.

§. 43.

Leitende Sätze.

Eine Mehrheit von Thätigkeiten, welche zusammen ein Verbrechen bilden oder wie ein Verbrechen zu behandeln sind, kann zeitlich so verlaufen, daß die früheren dem Herrschaftsgebiet eines anderen Gesetzes angehören, als die späteren. Ueber die Beurtheilung dieser in neuester Zeit sehr viel besprochenen Fälle ¹⁾ gilt Folgendes:

A) Die Strafe muß lediglich nach dem neuen Rechte bestimmt werden:

I. Wo dieses das mildere und seine rückwirkende Kraft nicht durch die ob. in §§. 24 II., 28 B. erwähnten Gründe ausgeschlossen ist;

II. auch ohne diese Voraussetzung, wenn, beziehungsweise soweit die Strafbarkeit der früheren Thätigkeit in der Strafe der unter dem neuen Gesetze verübten begriffen ist.

1) Gänzlich unstatthaft wäre es, neben der Vollendung eines Verbrechens, beziehungsweise dem letzten Abschnitte des

1) Besonders die neuesten Bände des goldammerischen Archivs enthalten mehrere Abhandlungen hierüber: Bd. VII. S. 310 ff. (Erf. des preuß. Obertrib. mit Zusätzen), Bd. VIII. S. 3—23 (Wächter), S. 23—36 (Goldammer), S. 36—40 (Verhandlungen und Plenar-Entscheidung des Obertribunals), S. 441—460 (Hälschner), Bd. IX. S. 305—315, 361—369, 505—513 (John), S. 514—516 (Geßler). Vgl. auch das. Bd. I. S. 699, VI. S. 110—112, Goldammer's Materialien Bd. I. zu Art. IV. S. 15, Temme, Glossen S. 25. Z. 2, Lehrb. S. 121. Anm. II.

Versuchs den früheren Theil der Thätigkeit noch besonders als Versuch strafen zu wollen. Denn die Strafbarkeit des Versuchs gilt einzig dem auf die Vollendung gerichteten Willen, und dieser ist schon in der Strafe der Vollendung oder des weiter fortgeschrittenen Versuches vollständig gewürdigt. Ebenso darf jene frühere Thätigkeit nicht noch besonders aus dem Gesichtspunkt eines solchen geringeren Verbrechens gestraft werden, dessen (objectiver und subjectiver) Thatbestand in dem des beabsichtigten größeren völlig begriffen wäre; z. B. eine mit bestimmter Tödtungsabsicht begangene Verwundung nicht neben ihrer Auffassung als versuchte oder vollendete Tödtung noch als besonderes Verbrechen der Körperverletzung. — Auch bei fortgesetzten Verbrechen kann dieser Gesichtspunkt zutreffen: nämlich bei fortgesetzten Versuchen desselben Verbrechens, bei der Vollendung im Verhältniß zu einem früheren Versuch, endlich bei Beschädigungen, deren spätere die frühere in sich begreift, wie z. B. Zerstörung eines Gliedes die bloße Verstümmelung desselben.

Eben deshalb nun, weil die ausschließliche Anwendung des neuen Rechtes in diesen Fällen auf dem angegebenen besonderen Grunde beruht, kann man nicht aus jenem Ergebniß mit Hälschner schließen, daß es ebenso auch bei allen anderen — einheitlichen und fortgesetzten — Verbrechen eintreten müsse (s. unten).

2) Die Größe der Rechtswidrigkeit, welche den charakteristischen Gesichtspunkt bei einer Verbrechensart ausmacht, ist bisweilen durch die Wirkung einer vom Thäter früher getroffenen Veranstaltung erhöht: so z. B. die Gemeingefährlichkeit der Brandstiftung dadurch, daß der Thäter, um die Verbreitung des Feuers zu erleichtern, die Abwehrmittel entfernt oder unbrauchbar gemacht hatte. Die strafrechtliche Bedeutung eines etwa hierauf gestützten Strafschärfungs- oder Erhöhungsgrun-

des ¹⁾ liegt nicht in jener Veranstellung als früheren Thätigkeit, sondern in ihrem Einfluß auf die Größe der im vollendeten Verbrechen enthaltenen Rechtswidrigkeit; und da ihr der Thäter diesen Einfluß eben durch die Vollendung verleiht, muß das ganze Verbrechen in seiner hiedurch bedingten vollen Größe nach dem Gesetz, unter das es überhaupt fällt, beurtheilt werden.

B) Dagegen muß der etwaige besondere Einfluß, welchen die frühere Thätigkeit als solche auf die Strafe ausübt, nach demjenigen Gesetz, unter welchem diese Thätigkeit verübt wurde, beurtheilt werden, falls es das mildere ist oder aus den in §§. 24 II., 28 B. angegebenen Gründen fortwirkt ²⁾. War sie insbesondere zur Zeit ihrer Verübung nicht mit Strafe bedroht, so muß sie, abgesehen von den unter A. II. 2 genannten Fällen, bei der Strafe ganz außer Berechnung bleiben.

In allen Fällen kann jedenfalls nur ein solches Gesetz angewendet werden, unter dessen Herrschaft der verbrecherische Wille betthätigt wurde. Bei denjenigen Verbrechen, zu deren Vollendung gemäß dem besonderen Thatbestand überdies ein äußerer Erfolg gehört, kann nicht das Gesetz der Zeit, in welcher dieser Erfolg eintritt, entscheiden, sondern nur das-

1) Vgl. z. B. württ. St.G.B. Art. 378. §. 2 h.

2) Das preussische Obertribunal, Hälschner u. John betrachten es als Axiom, daß auf die Bestrafung eines Verbrechens, auch eines fortbauenden oder fortgesetzten, nur ein Strafgesetz Einfluß ausüben dürfe. Erst zu erweisen wäre Dieß für die Fälle, wo die That unter der Herrschaft theils des einen, theils des anderen Gesetzes begangen wurde, also zwei verschiedene Gesetze übertreten, verletzt worden sind; die Verlästigung des Älteren thut hier der Einheit des Verbrechens und der Strafe so wenig Eintrag, wie die Beachtung rein tatsächlicher Milderungsgründe, oder eines ausländischen milderen Gesetzes (vgl. über letzteres Goldammer, Mater. I. §. 71 in Verbindung mit §. 15, württ. St.G.B. Art. 5). Wo Ungleichartigkeit der Strafen ein Hinderniß wäre, kann durch Verwandlung der einen in die andere abgeholfen werden.

jenige, unter welchem die letzte ihn bedingende Thätigkeit geschehen war. Wenn z. B. der Mord zur Zeit einer bestimmten tödtlichen Verletzung mit Freiheitsstrafe, im Augenblicke des durch jene bewirkten Todes aber mit Enthauptung bedroht ist, so muß die mildere Strafe, aber diese in ihrer auf die Vollendung gesetzten Größe, eintreten. Denn einerseits hat der Thäter einen vollendeten Mord verschuldet; andererseits fällt seine Begehung dieses Verbrechens, d. h. seine hiezu erforderliche verbrecherische Thätigkeit, unter die Herrschaft des milderen Gesetzes ¹⁾; und nach den Grundgedanken unserer Lehre soll der Thäter niemals härter behandelt werden, als er zur Zeit seiner Willensäußerung nach dem damaligen Recht erwarten konnte (s. ob. §. 96 f.) — Bei den formalen Verbrechen, z. B. Ehrenbeleidigung, Fälschung, ist die Zeit der letzten, den Willen erschöpfenden Thätigkeit zugleich die des vollendeten Verbrechens.

§. 44.

Fortsetzung. Einheitliche Verbrechen.

Einheitliche Verbrechen müssen, wenn die Thätigkeit unter dem einen Gesetz angefangen, unter dem anderen beendet worden ist, jedenfalls insoweit nach dem neuen Rechte beurtheilt werden, als dessen Bestimmungen die Verbrechenart und die unter seiner Herrschaft verwirklichten besonderen Umstände betreffen.

In Bezug auf die frühere Thätigkeit aber entsteht die in § 43 bezeichnete Frage in zweifacher Anwendung.

1) In diesem Sinne kann man mit Ulpian sagen: »verum est, »eum **a te occisum** tunc, quum vulnerabas, quod mortuo eo de- »mum apparuit« (libr. XVIII. ad Ed., D. ad l. Aquil. l. 15. §. 1).

A. Kann jene Thätigkeit als Strafschärfungs- oder Erhöhungsgrund nach dem neuen Rechte beurtheilt werden?

Dies hängt meines Erachtens von der strafrechtlichen Bedeutung je des einzelnen Schärfungs- oder Erhöhungsgrundes ab ¹⁾.

a) Beruht die Aufstellung des Schärfungsgrundes wesentlich nur darauf, daß durch die Wirkung der betreffenden Thätigkeit die Rechtswidrigkeit der Vollendung erhöht wird, so kommt unbedingt das neue Recht zur Anwendung, weil der Thäter unter dessen Herrschaft eben durch die Vollendung seine frühere, an sich nicht criminell strafwürdige Veranstellung in Wirksamkeit gesetzt und das Verbrechen in der hiedurch bedingten Größe hervorgebracht hat. Dies gilt von dem ob. S. 43 A. II. 2 besprochenen Beispiele der Brandstiftung.

b) Anders, wo eine bestimmte Handlungsweise nicht sowohl vermöge jenes Einflusses auf das später Geschehende, als wegen der in ihr selbst bethätigten eigenthümlichen Gefährlichkeit oder der in ihr selbst liegenden besonderen Rechtsverletzung zum Schärfungsgrunde gestempelt ist. Dies kommt z. B. beim Diebstahl und Betrug vor. Wenn das Gesetz bei dem ersteren den Einbruch in unbewohnte Gebäude Strafschärfung bewirken läßt, weil der Verbrecher durch solche Ueberwindung räumlicher Hindernisse eine höhere Gefährlichkeit für das Eigenthum, die allgemeine Sicherheit und Rechtsordnung bethätigt ²⁾, so geschieht dies Letztere wesentlich mit dem Einbrechen selbst, nicht erst mit der Vollendung des Diebstahls. Wenn das Gesetz gewisse, begrifflich zur Fälschung gehörige Rechtsverletzungen, wie die

1) Im Folgenden werden der Kürze wegen nur die Schärfungsgründe genannt, da von den bloßen Erhöhungsgründen verhältnismäßig dasselbe gilt.

2) S. Geib, im N. Arch. des Criminalr. 1847. S. 564 ff.; Abstlin, Abhandlungen aus dem Strafr., hrsg. von Geßler, S. 278 f.

Vernichtung, Beschädigung oder Unterdrückung von Privaturkunden, als Erschwerungsgründe des vermögensrechtlichen Betruges auffaßt ¹⁾, so werden nichts desto weniger diese besonderen Verletzungen zur Zeit ihrer Verübung, nicht erst durch die Vollendung des Betruges, begangen. Auf solche Thatfachen dürfen daher Schärfungen der Strafe nur insoweit gestützt werden, als ein gleich strenges Ergebnis nach dem Recht ihrer Zeit begründet wäre; denn die bloße spätere Billigung einer (wenn gleich eigenen) Thätigkeit und selbst Verübung ihres Erfolges ist nicht erneute Begehung derselben.

Für die unbedingte Anwendung des neuen Rechts ist von Hälschner geltend gemacht worden: „zu bestrafen sei nicht „eine zeitlich verlaufende Thätigkeit, eine Reihenfolge einzelner „Willensacte, sondern die Handlung, d. h. die durch die verbrecherische Absicht zusammengefaßten Willensäußerungen und „zwar in der rechtlichen Bedeutung, welche sie als die notwendigen Glieder dieser Einheit empfangen. Alle einzelnen „Glieder der Thätigkeit seien wesentlich auf den Endpunkt bezogen, mit welchem sie zur Einheit der Handlung zusammengeschlossen erscheinen, und als Ursachen der beabsichtigten „Wirkung erst die strafrechtliche Bedeutung empfangen, nach „welcher sie aufzufassen und zu beurtheilen seien. Darum gehöre in rechtlicher Beziehung die gesammte zeitlich verlaufende „Thätigkeit dem Augenblick des begangenen Verbrechens an, „und falle demnach unter das in diesem Augenblick geltende „Gesetz“ ²⁾. — Unter dem „Augenblicke des begangenen Verbrechens“ ist eben der thatsächliche Endpunkt der Handlung verstanden.

Hiegegen ist zunächst zu erinnern, daß aus dem Worte

1) So z. B. das württ. St.G.B. Art. 353. Ziff. 4; vgl. dagegen Art. 358, bes. Abs. 3, Art. 219 und 221.

2) In Goldhammers Arch. VIII. S. 444.

„begangenes Verbrechen“ Nichts folgt; denn das zeitlich verlaufende Verbrechen ist zwar allerdings erst in jenem Augenblicke ganz begangen, d. h. beendet, aber es wird die ganze Zeit hindurch begangen, in welche sein zeitlicher Verlauf fällt.

Dadurch ferner, daß die einzelnen Willensäußerungen zur Einheit zusammengefaßt, auf den Endpunkt bezogen werden, ist nicht bewiesen, daß diese Einheit eine unterschiedslose sein müsse, d. h. daß die besonderen rechtlichen Einflüsse, unter welchen jene Willensäußerungen standen, nicht beachtet werden dürfen. Diese empfangen ihre rechtliche Bedeutung nicht bloß daraus, daß sie nothwendige Glieder der Einheit sind, sondern, unbeschadet dieser Eigenschaft, mit durch die besonderen tatsächlichen Umstände und Rechtsnormen, welche je zur Zeit des betreffenden Thuns bestanden. Die Beziehung, welche der einzelnen Thätigkeit zur Zeit ihrer Verübung durch die Absicht gegeben wird, kann keine höhere, als die im damaligen Rechte begründete Strafbarkeit bewirken.

Wenn gleichwohl in den weitaus meisten Fällen die Rechtsnormen, unter welchen frühere Glieder der Handlung standen, außer Betracht bleiben, so hat Dieß seinen Grund nicht überhaupt in der Zusammenfassung der Willensäußerungen oder in der Beziehung der Glieder auf den Endpunkt, sondern darin, daß jene früheren Glieder gemäß dem oben § 43 II. Ausgeführt keinen Einfluß auf die Strafe ausüben. Allerdings kann keine Rede davon sein, das eine Verbrechen in einen nach dem alten Gesetze zu bestrafenden Versuch und in ein mit ihm concurrirendes, nach dem neuen Gesetze zu strafendes vollendetes Verbrechen zu zerlegen¹⁾; also im obigen Diebstahlsbeispiele den Thäter erstens wegen Versuchs des Diebstahls nach dem alten Gesetze, und sodann wegen einfachen Dieb-

stahls nach dem neuen Gesetze zu bestrafen¹⁾. Denn als Versuch könnte die frühere Thätigkeit, z. B. der Einbruch, nur wegen des auf die Vollendung gerichteten Willens gestraft werden; da nun aber dieser eben in der Strafe des vollendeten Verbrechens geahndet wird, kann jene Thätigkeit nicht aus diesem Gesichtspunkte, sondern nur wegen ihrer besonderen Umstände als Schärfungsgrund auf die Strafe Einfluß üben.

Aber hieraus folgt nicht, daß auch in Bezug auf die Annahme und Behandlung des Schärfungsgrundes die früheren Normen unbeachtet bleiben müssen.

Uebrigens beruht in den ob. litt. b. genannten Fällen die Zusammenfassung der besonderen, den Schärfungsgrund ausmachenden Rechtsverletzung mit den gemeinsamen Merkmalen der Verbrechensart zu einem Verbrechen, nicht auf der Absicht oder doch nicht auf ihr allein, sondern wesentlich auf dem Gesetze. Die Absicht als solche bewirkt hier nicht einmal überall eine engere Verbindung, als sie auch bei concurrirenden Verbrechen vorkommt, deren eines das Mittel zur Verübung des andern ist, z. B. bei einem mittelst wirklicher Urkundenfälschung verübten Betrug. Indem nun das Gesetz in jener Weise zusammenfaßt, soll es seinen regelmäßigen Wirkungskreis einhalten, also die härtere neue Behandlung nur auf künftige Willensäußerungen beziehen, dagegen solche Thätigkeiten, die zu ihrer Zeit erlaubt oder minder strafbar waren, nicht nachträglich zu verbrecherischen, beziehungsweise höher strafbaren stampeln. Dieser Sinn darf und muß auch dem Gesetze in Ermangelung einer ausdrücklichen Verfügung im Zweifel beigelegt werden.

Die entgegenstehende Ansicht Hälschner's wird auch

1) Einwendung Hälschner's a. a. O. VIII. S. 444.

1) Eben Dieß macht Goldammer a. a. O. VIII. S. 26, 27 gegen Wächter geltend.

dadurch nicht gerechtfertigt, daß der Verbrecher, wie S. behauptet, in Folge der gehörigen Publication des neuen Gesetzes mit Bewußtsein seine ganze Thätigkeit auf ein unter der Herrschaft des neuen Gesetzes zu begiehendes Verbrechen bezogen und diesem Gesetze selbst untergeordnet habe. Mit der Publication des Gesetzes ist nicht schon gegeben, daß es dem Verbrecher bekannt geworden sei (Kenntniß des positiven Strafgesetzes ist ja nicht Erforderniß der Bestrafung); sodann würde selbst aus dieser Kenntniß noch nicht folgen, daß der Verbrecher gerade seine frühere Thätigkeit diesem Gesetz untergeordnet habe — ihre (selbst erst nachzuweisende) Beziehung auf das später Auszuführende wäre noch nicht Unterordnung unter das neue Gesetz —; und endlich kann über die Strafbarkeit einer Willensäußerung nur die in ihr selbst bethätigte Rechtswidrigkeit, nicht ein späteres Urtheil des Verbrechers entscheiden.

Aus denselben Gesichtspunkten, wie nach dem Bisherigen Scharfungsgründe überhaupt, müssen insbesondere die der verbrecherischen Gewohnheit und Gewerbsmäßigkeit behandelt werden. Zur Annahme derselben können Handlungen, welche in der Zeit ihrer Verübung strafflos waren, nicht benützt werden, da in Bezug auf solche die Gewohnheit oder Gewerbsmäßigkeit in dem entscheidenden Zeitpunkte keine verbrecherische war ¹⁾. — Anders verhält es sich mit denjenigen Handlungen, auf welchen zu ihrer Zeit schon Strafe stand — mag auch gleich der Scharfungsgrund selbst erst später eingeführt oder mit höherer Wirkung bekleidet worden sein. Will hier der Gesetzgeber durch

¹⁾ Entgegengesetzte Entscheidungen des preussischen Obergerichtes s. in Goldammer's Arch. II. S. 128 f., VIII. S. 28. Auch John behauptet das. IX. S. 510: „in welche Zeit diejenigen Handlungen fallen, aus welchen auf das Vorhandensein der betreffenden Eigenschaft des Delinquenten zu schließen sei, erscheine indifferent; wenn nur festgestellt werden könne, die Gewohnheitsmäßigkeit, die Gewerbsmäßigkeit sei überhaupt vorhanden.“ S. dagegen Goldammer a. a. D. VIII. S. 28.

seine Aufstellung nur überhaupt die erhöhte Stärke oder besondere Gefährlichkeit des bösen Willens treffen, so ist dieser in solcher Weise schon durch eine unter der Herrschaft des neuen Gesetzes fallende Handlung bethätigt und die früheren dienen hier, ähnlich wie die Vorstrafen beim Rückfall (s. oben § 36), als Erkenntnißmittel. Indessen kann der Sinn des Gesetzes immerhin auch der sein, die neue Bestimmung solle nicht jeder irgendwie geschehenen Betthätigung jenes Willens gelten, sondern zugleich eine eigenthümliche Gesamtstrafe für eine Mehrheit verbrecherischer Handlungen zusammen enthalten; und unter dieser Voraussetzung müßte bezüglich der früheren das etwaige mildere Recht ihrer Zeit berücksichtigt werden. Jedenfalls aber, auch in den obigen Fällen, muß Dieß insoferne gelten, als die Zahl und Größe der früheren Rechtsverletzungen, abgesehen von ihrer Begründung der Strafschärfung überhaupt, auf die Strafe Einfluß üben.

B) Beurtheilung der fortdauernden Verbrechen.

Criminell rechtswidrig ist bei manchen Verbrechen nicht bloß das auf die Vollenbung gerichtete Thun, sondern auch die Behauptung des in ihr geschaffenen Zustandes durch den Willen des Verbrechers: bald schon dann, wenn er jenen Zustand nicht durch eine entgegengesetzte Thätigkeit wieder aufhebt, bald unter der Voraussetzung eines positiven Zuthuns ¹⁾. Von den Pri-

¹⁾ Bei der Bigamie z. B. ist je nach ihrer Auffassung die Fortdauer des Verbrechens entweder schon durch das gleichzeitige Bestehen der Ehen, oder nur durch wirkliche Betthätigung einer Gemeinschaft mit dem zweiten Gatten begründet (Hälschner S. 456 ff., Geßler S. 515). Bei einer mittelst der Presse verübten Majestätsbeleidigung würde das Bleibende zur Schau Legen der anstößigen Worte dazu genügen, auf Seite des Ausstellenden Fortdauer anzunehmen; rückfichtlich eines anderen Verfassers vgl. das Erf. in Goldammer's N. I. S. 699, Temme's N. I. S. 46 f.

vatverbrechen gehören hierher zutreffenden Falls diejenigen, welche gegen ein in der Persönlichkeit selbst unmittelbar und nothwendig liegendes, von ihr untrennbares Recht, z. B. Ehre, Freiheit, gerichtet sind ¹⁾; nicht aber die bloßen Eigenthumsverbrechen ²⁾.

Kann nun auf einen derartigen verbrecherischen Zustand ein neues Strafgesetz, das während seiner Dauer erscheint, angewendet werden? ³⁾

Diese Frage ist unbedingt zu bejahen, wenn das Gesetz eine Norm über die Strafbarkeit des Zustandes als solchen enthält ⁴⁾ — sei es auch nur mittelbar, etwa durch feste Abstufung der Strafgröße je nach seiner Dauer ⁵⁾. Da aber

1) Der Grund dieses Unterschiedes ist der: bei den erstgenannten Verbrechen wird der dem Rechte gemäße thatsächliche Zustand durch die Verletzung, welche die Vollenbung des Verbrechens ausmacht, nicht, wie bei den Eigenthumsverbrechen, aufgehoben, sondern nur auf die Zeit ihrer Wirkung unterdrückt oder beeinträchtigt; und diese Unterdrückung oder Beeinträchtigung enthält, soweit sie auf dem Willen des Thäters beruht, einen stetigen, sich mit jedem Augenblick erneuernden Zwang gegen den fremden Rechtswillen. Ueber den Unterschied der fort dauernden Verbrechen von den fortgesetzten s. Goldammer, Arch. VIII. S. 29; Geßler das. IX. S. 151, 155. A. M. Wächter das. VIII. S. 16; Sohn IX. S. 505 ff.

2) Vgl. D. de furtis l. 9 pr.; Wächter a. a. D. S. 16.

3) Hieron ging neustens die Anregung zu der mehrfachen, ebenso grünlichen als lebhaften Erörterung der ob. in §§. 43—45 besprochenen Gegenstände aus. Den Anlaß dazu gaben einige in Preußen vorgekommene Fälle der Bigamie — also eines Verbrechens, von dessen bestrittener Auffassung abhängt, ob es überhaupt zu den fort dauernden gehört.

4) Dasselbe gilt rücksichtlich des andauernden verbrecherischen Verhaltens bei den eigentlichen Unterlassungsverbrechen (Glaser, Abhandl. aus dem österr. Strafr. I. 1858. S. 290—293) zufolge dem Wesen ihres gesetzlichen Thatbestandes, da dieser in jedem Augenblick auf ganz dieselbe Weise, wie im ersten, selbstständig verwirklicht wird. Hierdurch wird die Einwendung Goldammers VIII. S. 30 erledigt.

5) So das württ. St.G.B. Art. 275. Z. 1—3 beim widerrechtlichen Gefangenhalten. In Oesterr. folgt bei diesem Verbrechen das Obige schon

Dies in unseren Gesetzbüchern selten zutrifft, wäre hier eine besondere transitorische Bestimmung sehr am Platz ¹⁾.

In Ermangelung solcher gesetzlicher Bestimmungen aber ist der Richter außer Stande, die strafrechtliche Behandlung, welche im neuen Gesetze dem Verbrechen überhaupt, der ersten Verletzung und dem Zustande zusammen ohne Ausscheidung des Einen vom Andern, gedroht ist, auf den Zustand allein anzuwenden. „Der Zustand ist eben deshalb, weil er nur in Ver- „bindung mit der Handlung mit Strafe bedroht ist, für sich „allein gar nicht mit einer Strafandrohung versehen. Fallen „deshalb Handlung und Zustand unter verschiedene Strafgesetze, „so bleibt dem Resultate nach der Zustand strafflos, weil er „für sich allein gar nicht mit einer Strafandrohung versehen“ ²⁾. Das unter das neue Gesetz fallende Stück des Zustandes für sich allein ist jedenfalls weniger strafbar, als die erste Verletzung und die Dauer des Zustandes zusammen.

Hälshner will auch hier aus der Einheit der Handlung ableiten, daß das ganze, überhaupt vorliegende Verbrechen unter dem neuen Gesetze begangen und nach diesem zu strafen sei ³⁾. Allein hiegegen gilt das oben und im folg. S. Ausgeführte; Hälshner selbst verweist auf die von ihm beim fortgesetzten Verbrechen genannten Gründe.

Die Wirkung neuer Verjährungsgesetze (s. ob. S. 38) auf die Behandlung fort dauernder Ver-

aus der Fassung des gesetzlichen Thatbestandes (St.G.B. S. 93, Glaser, Abhandl. I. S. 445 ff.)

1) Durch die Möglichkeit einer solchen wird dem Einwurfe Goldammers und des preuß. Obertribunals, daß bei der oben aufgestellten milderen Ansicht das Gesetz in Beziehung auf strafbare Verhältnisse machtlos würde (Arch. VIII. S. 315, 321), hinreichend begegnet.

2) Geßler in Goldammers Archiv IX. S. 515.

3) In Goldammers Arch. VIII. S. 455 f.

brechen hängt von den allgemeinen Normen über den Anfangspunkt und die Unterbrechung ihrer Verjährung ab.

Läßt man diese erst mit der Beendigung des rechtswidrigen Zustandes, beziehungsweise dem letzten Zuthun des Verbrechers beginnen, so muß das neue Verjährungsgesetz, unter dessen Herrschaft dieses Erforderniß sich verwirklichte, auf das Verbrechen seinem ganzen Umfang noch angewandt werden ¹⁾.

Betrachtet man aber die Behauptung des Zustandes — mithin, je nach der verschiedenen Auffassung, entweder das bloße Fortbestehen eines widerrechtlichen Verhältnisses ²⁾ oder das besondere Zuthun des Verbrechers — als Unterbrechungsgrund, so müssen diejenigen Acte, welche bei der Vornahme der späteren bereits verjährt waren, strafflos bleiben. Ob hierbei und überhaupt bei dem unter das alte Gesetz fallenden Stücke des Verbrechens die Erfordernisse der Verjährung nach dem alten oder neuen Gesetze zu beurtheilen sind, hängt von der allgemeinen Behandlung der Verjährung, insbesondere von den transitorischen Vorschriften über sie ab.

Geht man davon aus, daß die Verjährung der ersten Verletzung mit ihrer Consummation zu laufen beginnt und durch die so eben bezeichnete Behauptung des Zustandes nicht unterbrochen wird ³⁾, so muß die erstere so behandelt werden, wie das

1) Auf diese Weise entscheiden *Goldammer*, *Hälschner*, *John* und das preuß. Obertribunal in den früheren *Senats-Urtheilen*, welche in *Wd. VII. S. 31 ff.* des angef. *Archivs* mitgetheilt sind.

2) Thatsächlich kann in diesem Falle die Verjährungsfrist gar nicht zu laufen anfangen, weil ihr Unterbrechungsgrund sofort eintritt. Das Verhältniß ist in dieser Hinsicht ähnlich, wie bei der Hemmung der Strafverjährung dadurch, daß der Verurtheilte sich zur Ersetzung einer anderweitigen Freiheitsstrafe in der Gewalt der Obrigkeit befindet.

3) Für das positive gemeine und preußische Recht ist wohl diese, aus dem legislativen Gesichtspunkte die zweite Ansicht die richtige. S. in ersterer Hinsicht *Wächter a. a. D. VIII. S. 14—19*, in letzterer *Prug, Commentar zu dem sächs. St.G.B. I. S. 223* und besonders *Gefßler a. a. D.*

geltende Recht früher begangene Thaten überhaupt behandelt wissen will. Wird sie demgemäß strafflos, so kann die Behauptung jenes Zustandes nur dann gestraft werden, wenn dieselbe für sich allein, nicht bloß in Verbindung mit der Consummation, mit Strafe bedroht ist ¹⁾.

§ 45.

Behandlung der fortgesetzten Verbrechen.

Die Annahme eines fortgesetzten Verbrechens ist jedenfalls dadurch bedingt, daß die Thatigkeiten, welche zusammen dasselbe ausmachen sollen, je zur Zeit ihrer Vornahme mit Strafen bedroht waren ²⁾.

Ueberhaupt muß bei dem fortgesetzten Verbrechen, indem man jene Thatigkeiten als ein Ganzes zusammenfaßt, stets die Verschiedenheit der rechtlichen Einflüsse beachtet werden, unter welchen die einzelnen stehen. Auf welche Weise jene Verschiedenheit bei einem Wechsel der Gesetzgebung sich äußert, Dieß ist je nach dem besonderen Inhalte der Gesetze zu beurtheilen. Ist insbesondere die strafrechtliche Behandlung verschärft worden, so kann hiedurch die frühere Thatigkeit nicht nachträglich in

IX. S. 515. — Die oben zuerst erwähnte, strengste Ansicht war bis vor Kurzem in der Wissenschaft die allein herrschende, und ist z. B. in das württ. *St.G.B. Art. 132. Abs. 1*, so wie dieser zumal nach den ständischen Verhandlungen ausgelegt werden muß, übergegangen. S. *Verh. der R. der Abg. von 1838, 23. Sitz. S. 61 f.*; *Hufnagel Comm. I. S. 300, 301, III. S. 648, Strafgesetzb. mit Anm. S. 127 unten (a. M. ist derselbe in Bezug auf die Bigamie nach württ. Recht, Comm. III. S. 363, 648, Strafgesetzb. mit Anmerk. S. 128. Nr. 2).*

1) *Gefßler a. a. D. S. 516*; a. M. ist in diesem Punkte *Wächter a. a. D.*

2) Dieß hat *Wächter* in *Goldammers Arch. VIII. S. 5—14* gegen die früheren Ausführungen des preuß. Obertribunals unwidersprechlich dargestellt. Anerkannt wird es auch von *Hälschner* *das. S. 450 f.*

Seegeer, Abhandlungen. II.

höherem Maaße strafbar werden, als sie es zur Zeit ihrer Verübung war. Weiter aber reicht hier die Wirkung der Verschiedenheit nicht: sie hindert nicht, alle jene Thätigkeiten zusammen als ein Verbrechen aufzufassen und zu behandeln. Da nun ferner die späteren Rechtsverletzungen offenbar nicht nach dem zu ihrer Zeit aufgehobenen Gesetze beurtheilt werden dürfen ¹⁾, so kann die Lösung nur darin bestehen, daß die Strafe unter Berücksichtigung der verschiedenen Rechte, unter deren Herrschaft gehandelt worden ist, bestimmt, nämlich die Strafe des jetzigen Rechtes in der durch die neuen Verletzungen für sich allein verwirkten Größe zu Grunde gelegt und die Straferhöhung oder Schärfung, welche durch die früheren Verletzungen begründet ist, nach dem milderen Recht ihrer Verübungszeit bemessen wird ²⁾.

Hiermit wird der Verschiedenheit der rechtlichen Einflüsse, unter welche die einzelnen Glieder des fortgesetzten Verbrechens fallen, vollständig Genüge gethan. Dazu, sie, statt als ein fortgesetztes Verbrechen, als eine Mehrheit concurrirender zu behandeln ³⁾, liegt keine rechtliche Nothwendigkeit und ebendeshalb auch keine Berechtigung vor.

1) Demme will, „wo die Anwendbarkeit beider, des alten und des neuen Strafgesetzes, an sich begründet wäre, nur das mildere zur Anwendung gebracht“ wissen (Lehrb. S. 121. Anm. II.). Ebenso das preuß. Obertribunal hier und beim fortbauenden Verbrechen in der Plenar-Entscheidung vom 19. Dec. 1859 (Goldammer, Arch. VIII. S. 40). Dieser Ansicht steht das Obige entgegen.

2) Geßler in Goldammers Arch. IX. S. 514 ff.

3) Diese Ansicht finden Goldammer und Hälschner in dem Satze Wächter's (a. a. O. S. 7): „die einzelnen Gliederungen des fortgesetzten Verbrechens können und müssen getrennt betrachtet und behandelt werden, wenn ein rechtlicher Umstand dem Zusammenfassen sämmtlicher Glieder als ein Ganzes hindernd entgegentritt.“ Allein Wächter hat hier, wie der Zusammenhang zeigt, solche Fälle im Auge, wo nach dem älteren Rechte die früheren Gliederungen straflos bleiben mußten (d. h. sie entweder gar nicht strafbar waren oder ihre Strafbarkeit aufgehoben ist); und er fügt

Uebrigens kann es, wie schon oben in §. 43 bemerkt ist, auch bei dem fortgesetzten Verbrechen vorkommen, daß die Beschaffenheit der früheren Thätigkeiten auf die Strafe keinen Einfluß ausübt, sondern jene in der später hervorgebrachten Verletzung schon begriffen und in ihrer Strafe mit gewürdigt sind.

Diese Sätze sind von der Streitfrage, ob zu den fortgesetzten Verbrechen Einheit der Absicht erforderlich sei, unabhängig; denn jedenfalls gelten sie auch in den Fällen, wo sich eine verbrecherische Absicht durch die mehreren das Recht verletzenden Thätigkeiten von der ersten an hindurchzieht. Hälschner folgert aus jenem von ihm angenommenen Erforderniß, daß die früheren Rechtsverletzungen, obwohl sie dem besondern Thatbestande nach vollendete Verbrechen seien (S. 448), doch im Verhältniß zur Beendigung des Gesamtverbrechens keiner eigenthümlichen strafrechtlichen Würdigung fähig seien, weil in ihnen die verbrecherische Absicht sich noch nicht in einer sie erschöpfenden Weise verwirklicht habe (S. 443 f.). Siegegen hat nun schon Geßler eingewendet, „daß immerhin „die Willensrichtung auf die weiteren verbrecherischen Acte zur „Zeit des Abschlusses der Vollendung der früheren eine Unbestimmtheit in Beziehung auf Ort, Zeit und Zahl der Verübung tragen werde, so daß, abgesehen von dem stets möglichen Ausbleiben der wirklichen Ausführung, der Ueberschuß „des Willens über das bereits Verwirklichte nicht zu einer „Berücksichtigung nöthige“ (IX. S. 516). Sollte aber auch in einzelnen Fällen eine und dieselbe Absicht die mehreren Rechtsverletzungen von vorne herein mit hinreichender Bestimmtheit umfassen, so wäre durch die Einheit der Absicht die in ihr noth-

bei: „wenn sie alle zusammen unter das Strafgesetz“ (nicht: unter dasselbe Strafgesetz) „wirklich fallen, dann seien sie in ihrer Verbindung und gegenseitigen Beziehung als ein Ganzes, als ein fortgesetztes Verbrechen zu bestrafen.“

wendig enthaltene Manigfaltigkeit nicht aufgehoben: man wäre nicht genöthigt, von der letzteren vollständig zu abstrahiren, nicht gehindert, bei der strafrechtlichen Beurtheilung der Absicht und That den einzelnen Verletzungen je die ihnen nach dem Obigen zukommende Bedeutung beizulegen. Hälschner bestreitet Dieß deshalb, weil das rechtliche Verhältniß hier dasselbe sei, wie bei einem einfachen Verbrechen, in dessen zeitlichen Verlauf der Wechsel der Gesetzgebung mitten hereinfalle. Allein dieser Grund trifft nicht bei fortgesetzten Verbrechen überhaupt, sondern nur in den oben §. 43 A. II. 1 genannten besonderen Fällen zu. Allerdings ist es, wie Hälschner bemerkt, bei dem mittelst eines Schießgewehres verübten Mord unter keiner Voraussetzung zulässig, „das erste mit dem Anlegen des Gewehrs „und dem Zielen abschneidende (?) Glied loszulösen, um es als „einen Mordversuch zu behandeln, sodann das zweite, bis zur „Verwundung reichende Glied, um es vielleicht als vollendete Körperverletzung zu bestrafen und daneben endlich noch die Tödtung „als einen vollendeten Mord.“ Allein hier ist nicht eine Mehrheit von Rechtsverletzungen zusammen, sondern nur die eine, unter dem neuen Gesetze vollbrachte, der vollendete Mord zu strafen; dieser schließt Alles in sich, was an den früheren Gliedern der Handlung gestraft werden könnte und ebendeshalb üben die letzteren auf die Strafe keinen Einfluß. Gerade dieser entscheidende Punkt nun trifft bei dem fortgesetzten Verbrechen, abgesehen von den oben herausgehobenen Fällen, nicht zu. Verübt z. B. Jemand einen fortgesetzten Diebstahl in der Weise, daß er zuerst vier und später zwei Gulden entwendet, so ist in der zweiten Verletzung die erste nicht begriffen und darum die Strafe mit Rücksicht auf beide zusammen zu bestimmen.

Hälschner macht ferner S. 449 ff. wiederholt und nachdrücklich geltend, daß es bei dem concreten Verbrechen nicht auf

den besonderen, sondern auf den individuellen Thatbestand ankomme. Dieser Forderung wird eben dadurch genügt, daß man auf die Strafe jedes Glied des Thatbestandes in seiner individuellen rechtlichen Bedeutung wirken läßt. Hiebei sollen nach dem Obigen Glieder, welche „für das Wesen des Verbrechens gleichgültig, nur für das Maas der Rechtsverletzung „von Bedeutung sind,“ nicht etwa, wie Hälschner gegen Wächter einwendet, losgelöst, sondern nur je in der ihnen zukommenden Bedeutung für die Größe des Verbrechens und der Strafe gewürdigt werden. — Hälschner aber legt jener Berücksichtigung des individuellen Thatbestandes die Wirkung bei, daß der „Augenblick der Begehung der Handlung mit dem Augenblicke, „der die That, vom Standpunkte des Gesetzes aus, als vollendet „erscheinen lasse, nicht zusammenfalle.“ Allein das fortgesetzte Verbrechen wird, wie sehr häufig selbst das einheitliche, (s. ob. §. 44), überhaupt nicht in einem Augenblicke, sondern während der ganzen Zeit begangen, in welcher verbrecherisch gehandelt wird, und hat Dieß mit allen zeitlich verlaufenden Verbrechen, vollendeten wie versuchten, gemein. Wenn z. B. in dem obigen Fall eines Mordes „der Schuß zwar eine Verwundung, aber gegen die Absicht des Thäters den Tod nicht „zur Folge hat,“ so wird der Mordversuch ebensowenig bloß mit der Verwundung, als bloß mit dem Anlegen und Zielen begangen; wenn hiebei der Augenblick, in welchem die Thätigkeit beendet ist, entscheidet, so beruht Dieß nicht darauf, daß etwa nur in diesem Augenblicke der Mordversuch begangen wird, sondern auf dem oben hervorgehobenen Gesichtspunkte, daß in der Strafbarkeit des weiter fortgeschrittenen Versuches die ganze verbrecherische Absicht, worauf allein die Bestrafung der früheren Thätigkeit beruhen könnte, schon vollständig gewürdigt ist. Dar- aus also, daß der Richter das Verbrechen als mit den früheren Willensäußerungen begangen annimmt, folgt keineswegs, wie

Hälschner S. 447 zu schließen scheint, daß die späteren nicht zu seiner Begehung gehören, daß diese — im obigen Beispiele der Schuß und die Verwundung, bei fortgesetzten Verbrechen die späteren Rechtsverletzungen — als unwesentlich erscheinen müßten.

Gemäß dem Bisherigen muß die ob. in S. 44 a. E. besprochene Frage über die Verjährung hier, bei den fortgesetzten Verbrechen, nach denselben Gesichtspunkten, wie bei den fort dauernden beantwortet werden ¹⁾. Nur findet selbstverständlich der letzte Satz des S. 44 auf fortgesetzte Verbrechen keine Anwendung.

Dritte Abtheilung.

Thaten, deren Zeit ungewiß ist.

§. 46.

Ist es bei einer That zweifelhaft, ob sie unter der Herrschaft eines älteren, milderen, oder des zur Zeit der Aburtheilung geltenden strengeren Gesetzes verübt worden sei, so muß nach der Natur der Sache die Regel »in dubio in mitius« entscheiden ²⁾. Ebenso in den anderen Fällen, wo gemäß unserer Lehre von der ungewissen Zeit der Verübung die mildere oder härtere Behandlung der That abhängt.

1) Vergl. hierüber die dort angeführten Schriftsteller an den bezeichneten Stellen.

2) Ausdrücklich verfügen Dieß das preuß. Einführungsgef. Art. IV., das oldenburg. Art. 31. §. 2, das bair. von 1861. Art. 25. Abs. 2. — Vergl. Oppenhoff zu Art. IV. Nr. 22, Goldammer's Arch. Bd. III. S. 112. Nr. V., S. 400. Nr. VII.